

Fastlegers adgang til å reservere seg mot henvisning til selvbestemt abort

Spenninger mellom kvinners interesser og fastlegers interesser i forbindelse med adgangen til samvittighetsgrunnet fritak fra henvisning til selvbestemt abort i et menneskerettsperspektiv

Kandidatnummer: 556

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17.253



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensning og presiseringer	3
1.3.1	Begrepspresiseringer	4
1.3.2	Arbeidsrettslig utgangspunkt for fastlegene	5
1.3.3	Presisering av retten til selvbestemt abort i Norge	5
1.4	Bakgrunn.....	6
1.5	Videre fremstilling	8
2	RETTSKILDEBILDET OG METODE	9
3	MENNESKERETTIGHETENE	11
3.1	Konflikt mellom menneskerettigheter	11
3.2	Ivaretagelse av fastlegenes interesser	12
3.2.1	Religionsfrihet	12
3.2.2	Fastlegenes rettslige stilling.....	15
3.3	Ivaretagelse av kvinners interesser	17
3.3.1	Diskrimineringsvernet	17
3.3.2	Retten til selvbestemmelse og helse	20
3.3.3	Kvinnenes rettslige stilling	22
3.4	Relevant praksis fra EMD	23
3.4.1	Rettspraksis om fastlegenes interesser	23
3.4.2	Rettspraksis om kvinnenes interesser	27
3.5	Nærmere om Norges positive konvensjonsforpliktelser	28
4	FIRE ULIKE NORSKE SCENARIER.....	29
4.1	Tiden før 2011	29
4.1.1	Den faktiske situasjon.....	29
4.1.2	Forholdet til menneskerettighetene	31
4.1.3	Hvem ble prioritert før avklaringen kom i 2011?.....	33
4.2	Perioden oktober 2011 – januar 2014	34
4.2.1	Den faktiske situasjonen	34
4.2.2	Forholdet til menneskerettighetene	34
4.2.3	Hvem ble prioritert?.....	38
4.3	Høringsnotatet av 2014	38

4.3.1	Den faktiske situasjonen	38
4.3.2	Forholdet til menneskerettighetene	39
4.3.3	Hvem hadde blitt prioritert?	42
4.4	Dagens situasjon	43
4.4.1	Den faktiske situasjonen	43
4.4.2	Forholdet til menneskerettighetene	43
4.4.3	Hvem prioriteres i dag?	45
5	KONKLUSJON.....	46
6	LITTERATURLISTE	47
6.1	Litteratur	47
6.2	Lover og forskrifter	48
6.3	Forarbeider og etterarbeider	49
6.4	Konvensjoner	49
6.5	Generelle rekommandasjoner fra konvensjonsorganene	50
6.6	EMD-dommer og individklagesaker	50
6.7	Utenlandsk lovgivning	51
6.8	Politiske dokumenter	52
6.9	Offentlig informasjon.....	53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Selvbestemt abort innen utgangen av svangerskapsuke 12 har vært en lovmessig forankret rett for alle kvinner i Norge siden abortloven kom i 1975.¹ Hver helseregion i landet plikter å ha et medisinsk tilbud som til enhver tid tilbyr kvinner å få utført abort etter eget ønske inntil svangerskapsuke 12.² Abort er imidlertid ett tema som kan være etisk problematisk for enkelte ansatte i helsesektoren, og lovgiver har åpnet for en viss fritaksmulighet i abl. § 14 andre punktum:

«...Ved organiseringen skal det tas hensyn til helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å utføre eller assistere ved slike inngrep.»

Bestemmelsen gir helsepersonell mulighet til å avstå dersom dette strider mot hans/hennes alvorlige overbevisning.³ Denne fritaksmuligheten gjelder derimot ikke for henvisningen til svangerskapsavbruddet – kun for inngrepet i seg selv.

Tema for denne avhandlingen er reservasjonsrettsutviklingen i Norge i forhold til fastlegers mulighet til å avstå fra å henvise kvinner til selvbestemt svangerskapsavbrudd grunnet samvittighetsårsaker. Problemstillingen er spenningene som har oppstått, eller kan oppstå, mellom fastlegenes og kvinnes interesser, herunder rekkevidden av religionsfriheten i forhold til fastlegenes arbeidsplikter, og kvinnes rett til ikke å bli diskriminert på grunnlag av kjønn innen helseområdet selvbestemt abort. Spørsmålet blir hvordan disse konkurrerende rettighetene hensiktsmessig skal balanseres og vektas mot hverandre i tråd med Norges internasjonale forpliktelser på et slikt etisk vanskelig område.

Den nasjonale løsningen på spenningen har så langt vært igjennom flere ulike stadier – fra å være et uavklart spørsmål, til å avskjæres i 2011, til forslaget om lovmessig reservasjonsrettsadgang i januar 2014, og frem til dagens situasjon der aborthenvisningen er fjernet. Jeg vil problematisere spørsmålene de ulike fremgangsmåtene reiser opp mot både det nasjonale regelverket og menneskerettighetene, sistnevnte med hovedfokus på retten til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet og retten til vern mot kjønnsdiskriminering. Herunder hvem som prioriteres eller ville blitt prioritert i de ulike scenariene.

¹ Heretter brukes forkortelsen abl.

² Abl. §§ 2 og 14 første punktum

³ Ot.prp.nr.38 (1974-1975) s. 29-30

1.2 Aktualitet

Siden 1980 har antall aborter i Norge ligget mellom ca. 13.500 og 15.800 per år, med unntak av rekordhøye 16.130 svangerskapsavbrudd i 2008.⁴ I 2013 var tallet 14.773 svangerskapsavbrudd, noe som ga en nasjonal abortrate på 12,5 per 1000 kvinne i fruktbar alder.⁵ På verdensbasis representerer dette tallet det nedre sjiktet av totalen, og Vest- og Nord-Europa som regioner ligger desidert lavest i antall svangerskapsavbrudd i verden per år.⁶

Norge har altså en av verdens laveste abortrater til tross for at vi praktiserer en svært liberal abortpolitikk, som ikke pålegger den abortsøkende kvinnen noen restriksjoner i forhold til abort inntil svangerskapsuke 12 – kun et tilbud om informasjon og veiledning. Verdensstatistikken generelt kan også tyde på at en streng abortpolitikk ikke nødvendigvis betyr færre svangerskapsavbrudd:⁷ det afrikanske kontinentet hadde f.eks. i 2008 en abortrate på 29 per 1000 kvinne i fruktbar alder, til tross for at adgangen til svangerskapsavbrudd var, og er fortsatt, enten ikke-eksisterende eller svært begrenset av restriksjoner over store deler av kontinentet.⁸

Den europeiske menneskerettsdomstol velger ofte en tilbakeholden, eller avventende, holdning i forbindelse med etisk vanskelige spørsmål der det ikke finnes europeisk konsensus.⁹ Abort er et slikt tema.¹⁰ Det betyr igjen at det på flere av disse områdene ikke finnes fasitsvar i forhold til rekkevidden av statens internasjonale forpliktelser, og at staten er gitt et vidt tolkningsrom for å løse problemstillingen ut ifra dens egne forutsetninger – medlemsstaten er gitt en vid skjønnsmargin.¹¹ FNs Internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner art. 12 krever imidlertid at likestilling mellom kjønnene skal ligge til

⁴ Folkehelseinstituttet, Abortregisteret (2014) s. 8

⁵ Folkehelseinstituttet, Abortregisteret (2014) s. 6

⁶ Guttmacher Institute, under kap. Regional incidence and trends (2012): Vest-Europa hadde i 2008 en abortrate på 12 per 1000 kvinne i fruktbar alder, mens Øst-Europa hadde en abortrate på 43 per 1000 kvinne – noe som var den laveste og den høyeste raten i verden dette året. Norge hadde i 2008 en abortrate på 14,5, jf. Abortregisteret, noe som var under snittet i Nord-Europa som lå på 17 per 1000 kvinne

⁷ Utbredelsen av bruken av prevensjonsmidler spiller selvsagt inn, men er ikke tatt med her

⁸ Guttmacher Institute, under kap. Abortion law (2012)

⁹ Heretter brukes forkortelsen EMD. Spørsmålet om når livet begynner er et eksempel på et slikt vanskelig etisk tema som majoriteten av de europeiske statene ikke har tatt standpunkt til, og som EMD dermed overlater til den enkelte stat å avgjøre, jf. R.R. v. Poland punkt 186

¹⁰ Majoriteten av de europeiske statene praktiserer imidlertid i dag en åpen adgang til abort, men det er noen stater som fortsatt har streng regulering. Mer om dette senere i avhandlingen

¹¹ R.R. v. Poland punkt 187

grunn for helsevesenet, og at sikringen av kvinners hensiktsmessige adgang til helsetjenester skal skje uten diskriminering.¹²

Jeg vil i denne avhandlingen forsøke å gi et bidrag til å klargjøre hvordan en etisk vanskelig problemstilling, slik som oppgavens tema reiser, kan forstås ut ifra en helhetlig tilnærming til menneskerettighetene.

1.3 Avgrensning og presiseringer

Ettersom abortpolitikk er et vidtgående tema som berører mange ulike samfunnsinteresser og ikke minst et stort antall menneskerettigheter, er jeg nødt til å begrense avhandlingens innhold grunnet plass. I forhold til fastlegenes side av problemstillingen vil jeg derfor fokusere på retten til religionsfrihet etter Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 9, og FNs Internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 18.¹³ Religionsutøvelse vil imidlertid ikke bare dreie seg om et konfliktforhold med diskrimineringsvernet; selve utøvelsen av religionsfrihet vil også kunne medføre spenninger som inngår i individets vern mot ikke å bli diskriminert på grunnlag av religion, og således støttes religionsfriheten av diskrimineringsvernet.¹⁴ Pålegg om arbeidsoppgaver eller -plikter for fastleger kan etter dette medføre at en gruppe, i dette tilfellet fastleger med religiøs overbevisning, settes i en dårligere stilling enn andre. Dermed kan det bli et spørsmål om diskriminering på grunnlag av religion.¹⁵ Dette er derimot et stort tema i seg selv som ikke vil behandles nærmere i denne avhandlingen, da mitt fokus ligger på forholdet mellom fastlegers religionsfrihet i møtet med kvinners rett til ikke å bli kjønnsdiskriminert innen helsetjenester i forbindelse med henvisning til abort.¹⁶

I forhold til kvinnes side av problemstillingen vil jeg i hovedsak fokusere på retten til ikke å bli diskriminert på grunnlag av kjønn etter KDK. Kjønn er også nevnt som diskrimineringsgrunnlag i flere andre traktater, men bestemmelsene i denne konvensjonen omhandler kun kjønnsdiskriminering – vernet rekker altså lenger og er mer spesifikt utdypet enn i andre enkeltstående bestemmelser som behandler kjønnsdiskriminering generelt (for både menn og kvinner). Kvinners rett til selvbestemmelse etter art 1 i både SP og FNs Internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter,¹⁷ i tillegg til retten til helse etter

¹² Heretter brukes forkortelsen KDK

¹³ Heretter brukes forkortelsene EMK og SP

¹⁴ Strand (2012) s. 25

¹⁵ Det kan også bli et diskrimineringsspørsmål om fastlegene generelt settes i en dårligere stilling enn leger uten fastlegeavtale

¹⁶ Vernet mot diskriminering på grunnlag av religion vil i all hovedsak rekke like langt som religionsfriheten, og det vil etter mitt syn dermed ikke nødvendigvis være problematisk med hovedfokus på religionsfrihet

¹⁷ Heretter brukes forkortelsen ØSK

sistnevnte konvensjons art. 12, er også viktige momenter som vil bli en del av drøftelsen. Herunder kvinners rett til ikke å bli diskriminert på helseområdet, jf. KDK art. 12.

De ovenfor nevnte bestemmelsene er ikke de eneste av betydning i forhold til hvilke rettigheter som kan berøres i reservasjonsrett-tematikken – de er kun en oppstilling av bestemmelsene jeg velger å fokusere på i denne avhandlingen. Retten til respekt for privatliv og familieliv etter EMK art. 8 er f.eks. en rettighet som kan anføres for både fastlegenes og kvinnenenes side av problemstillingen, men som ikke vil behandles her grunnet begrenset plass.

Det vil også være andre tilfeller av medisinsk praksis der samvittighetskonflikter kan medføre et ønske om reservasjonsmuligheter, som f.eks. i forhold til kunstig befruktning, genforskning, veiledning og utskrivning av resepter for prevensjonsmidler, osv. Drøftelsen rundt flere av disse temaene vil på mange måter kunne være av samme karakter som spørsmålene rundt muligheten for fritak fra aborthenvisning, og dermed på sett og vis inngå i den samme menneskerettslige debatten, men jeg vil ikke komme inn på disse spørsmålene her grunnet plassmangel.

Den potensielle farens rettigheter i forhold til det ufødte barnet, debatten rundt fosterets rett til liv, retten til yringsfrihet om abortpolitikk, herunder friheten til å demonstrere, vil heller ikke behandles. Det samme gjelder reservasjonsmuligheter i andre typer arbeidsforhold, som f.eks. i forsvaret, innen kirkesamfunn og i andre sammenhenger generelt.

1.3.1 Begrepspresiseringer

En «reservasjon» er per definisjon å gjøre unntak for, avstå fra eller ta forbehold om noe. I denne avhandlingen vil jeg ta utgangspunkt i at en reservasjons*mulighet* for fastleger vil bety en mulighet til å få fritak fra å utføre en arbeidsoppgave de i utgangspunktet er forpliktet til å utføre, fordi denne praksisen strider mot den enkelte fastlegens personlige overbevisning. En reservasjons*rett* vil derimot bety et fritak som er rettslig fastsatt i lov eller forskrift.¹⁸

I religionsfrihetsbegrepet legger jeg i hovedsak den lovbeskyttede og/eller den konvensjonsbeskyttede muligheten til å fritt inneha og endre sin personlige religiøse overbevisning uten påvirkning utenifra.¹⁹ Jeg anser likevel at dette begrepet også innebærer en rett til ikke å ha

¹⁸ Dette skillet vil i realiteten kanskje ha liten betydning, men ettersom Helse- og omsorgsdepartementet i rundskrivet fra 2011 stiller opp dette skillet nevner jeg det her. Nærmere om dette i kap. 4.2

¹⁹ Det finnes ingen fast definisjon på «religionsfrihet» da dette er omdiskutert

noen *religiøs* tro, men likevel ha alvorlige overbevisninger og etiske forestillinger.²⁰ Senere bruk av begrepet «religionsfrihet» vil derfor innebære både et religiøst og et ikke-religiøst aspekt.

I forhold til kvinners kjønnsdiskrimineringsvern vil jeg ta utgangspunkt i definisjonen i KDK art. 1, som lyder:

«I denne konvensjon menes med uttrykket «diskriminering av kvinner», enhver forskjellsbehandling, utestengning eller begrensning på grunnlag av kjønn som har som virkning eller formål å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile eller ethvert annet område, uavhengig av sivilstatus og med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt.»

1.3.2 Arbeidsrettslig utgangspunkt for fastlegene

Fastleger er offentlig ansatte leger som har inngått avtale med kommunen om å ta del i fastlegeordningen.²¹ Arbeidskontrakten og stillingens beskrivelse ligger til grunn for ethvert ansettelsesforhold, også for fastlegene. Generelt sett må det presiseres at en arbeidstaker som utgangspunkt ikke kan nekte å utføre visse arbeidsoppgaver fordi det strider mot hans/hennes personlige overbevisning.²² Det finnes derimot flere lovbestemte unntak fra dette utgangspunktet – helsepersonells mulighet til å reservere seg mot selve utførelsen av eller assisteringen ved abortinngrep er et eksempel på et slikt unntak.²³

1.3.3 Presisering av retten til selvbestemt abort i Norge

I drøftelsen av hvorledes fastleger skal eller bør ha rett til å avstå fra å henvise til abort, må det innledningsvis også presiseres at det ikke er snakk om å gi fastlegene en slik mulighet *på bekostning* av kvinners lovmessige rett til å få utført inngrepet. Retten til selvbestemt svangerskapsavbrudd har vært (og er fortsatt) en viktig del av kvinnebevegelsens kamp for likestilling og styrking av kvinners rettigheter i samfunnet, og denne retten vil fortsatt bestå såfremt abortloven § 2 andre ledd ikke endres. Hvorvidt en åpning for ytterligere reservasjonsmulig-

²⁰ Dette i tråd med EMDs uttalelser i bl.a. Kokkinakis-saken som behandles nærmere i kap. 3.4.1.1, og i tråd med Menneskerettskomitéens uttalelse i GC no. 22 punkt 2 som behandles nærmere i kap. 3.2.1

²¹ Fastlegeforskriften § 2 punkt a: de kan også være selvstendig næringsdrivende leger med fastlegeavtale med kommunen

²² NOU 2013:1 s. 265

²³ Abl. § 14 andre punktum

heter derimot vil innebære en *innskrenkning* i retten til abort i praksis beror på en konkret vurdering som jeg vil drøfte i lys av menneskerettighetene og Norges internasjonale forpliktelser.

Samtidig kan det også bli et spørsmål om hvorvidt slike regler i de minste kommunene i realiteten nettopp likevel vil innebære en *avskjæring* av retten til selvbestemt abort, dersom alle eller mange av fastlegene på stedet hadde utnyttet en reservasjonsmulighet. Noen av de samme spørsmålene kan også sies å oppstå i mangelen på retningslinjer i forhold til dagens ordning der henvisning til abort ikke lenger praktiseres – hvordan blir realiteten i forholdet mellom en fastlege med alvorlige personlige overbevisninger som hadde ønsket aborthenvisningsfritak, og den abortsøkende kvinnens rett på veiledning og informasjon etter abl. § 2 første ledd? Disse momentene vil også drøftes nærmere nedenfor i kap. 4.

1.4 Bakgrunn

I oktober 2011 sendte Helse- og omsorgsdepartementet ut et rundskriv der de ønsket å klargjøre rettstilstanden i forhold til kommunalt ansatte legers rett til å reservere seg mot å utføre visse arbeidsoppgaver.²⁴ Bakgrunnen for rundskrivet var usikkerhet knyttet til hvilken rett leger generelt hadde til å avstå av samvittighetsårsaker bl.a. fra henvisning til abort og kunstig befruktning, veiledning og utskrivning av resepter for prevensjon, o.l. Rundskrivet slo fast at leger som praktiserte som fastleger, enten de var selvstendig næringsdrivende eller ansatt i kommunen, *ikke* har mulighet til å reservere seg mot slike arbeidsoppgaver, men at derimot kommunalt ansatte leger uten fastlegeansvar (allmennleger) *har* denne muligheten, såfremt det inngås avtale med den aktuelle kommunen og at overføring av disse arbeidsoppgavene til en annen lege ikke medfører betydelig ulempe for pasienten.²⁵ Det avgjørende var altså om man praktiserte som fastlege eller allmennlege. Samtidig slo rundskrivet innledningsvis fast at det ikke var snakk om noen *rett* til reservasjon for allmennlegene, ettersom hverken lov eller forskrift ga slik adgang – kun en *mulighet* (ikke for fastlegene).²⁶

Etter Stortingsvalget i september 2013 fikk de borgerlige partiene flertall og Norge ny borgerlig regjering, bestående av Fremskrittspartiet og Høyre. I den etterfølgende avtalen mellom samarbeidspartiene,²⁷ Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre, fremkom en

²⁴ Rundskriv I-4/2011

²⁵ Rundskriv I-4/2011 s. 1-2

²⁶ Rundskriv I-4/2011 s. 1

²⁷ Heretter kalt samarbeidsavtalen

enighet om at rettstilstanden i forhold til fastlegers mulighet til å få fritak fra aborthenvisning skulle endres på ny:²⁸

«Partiene er enige om:

- Det gis reservasjonsmuligheter for fastleger etter dialog med Den norske legeforening.»²⁹

Denne åpningen for en ny reservasjonsordning for fastlegene ble videreført i den politiske plattformen regjeringspartiene presenterte i oktober 2013:

«Regjeringen vil:

- Evaluere bioteknologiloven, jf samarbeidsavtalen.
- Ikke innføre et offentlig tilbud om tidlig ultralyd eller et tilbud om NIPD-blodprøve for alle gravide, jf samarbeidsavtalen.
- Gi reservasjonsmuligheter for fastleger etter dialog med Den norske legeforening, jf samarbeidsavtalen.
- Beholde dagens abortlovgivning.»³⁰

Ett høringsnotat ble sendt ut i januar 2014 og innebar forslag til endringer i helse- og omsorgstjenesteloven, pasient- og brukerrettighetsloven, fastlegeforskriften og i forskrift om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen.³¹ Endringsforslagene gikk i korte trekk ut på å åpne opp for at fastleger skulle ha mulighet til å avstå fra å måtte henvise og behandle pasienter i tilfeller med alvorlige samvittighetskonflikter knyttet til liv og død, herunder aktiv døds-hjelp (dersom dette i fremtiden ville blitt lovlig) og abort.³² Forslagene kom etter at Stålsett-utvalget, et politisk nøytralt utvalg nedsatt i perioden til Stoltenberg II-regjeringen, etter en grundig gjennomgang av Norges tros- og livssynspolitikk i januar 2013, kom frem til at det ikke ville være i tråd med landets offentlige legetjeneste å åpne opp for en generell mulighet for leger og fastleger til å reservere seg kun på grunn av deres personlige overbevisning, da en slik reservasjon ville medføre en rett til å kunne nekte å utføre visse tjenester og avvise pasi-

²⁸ Venstre var det eneste av de borgerlige flertallspartiene som ikke ønsket å være med på en reservasjonsordning for fastleger. Denne delen av samarbeidsavtalen ble derfor inngått kun mellom Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre

²⁹ Samarbeidsavtalen s. 7

³⁰ Sundvollen-plattformen kap. 9 Helse og omsorg s. 46, under kap. Gen- og bioteknologi

³¹ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet: Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven (hjemmel til å gi forskrifter om reservasjonsmulighet for fastleger og rett til å skifte fastlege ved reservasjon), og Forskrift om endringer i fastlegeforskriften (forskrift 29. august 2012 nr. 842 om fastlegeordningen i kommune) og i forskrift om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen (forskrift 29. august 2012 nr. 843). Heretter brukes forkortelsen Høringsnotatet

³² Høringsnotatet s. 3

enter, noe som ikke ville være i samfunnets interesse.³³ Stålsett-utvalget understreket også at en slik rett for fastleger i enkelte mindre kommuner ville innebære få eller ingen valgmuligheter for pasienten, og at heller ikke dette ville være i tråd med verken samfunnsinteressen eller ønsket om forutsigbarhet i fastlegeordningen.³⁴

Høringsnotatet skapte store reaksjoner, og debatten rundt medisinsk praksis, samvittighetskonflikter og reservasjoner blusset opp på ny. I mai 2014 ble imidlertid forslaget forkastet, og ordningen med henvisninger til svangerskapsavbrudd ble fjernet i sin helhet.³⁵

1.5 Videre fremstilling

Videre vil jeg i kapittel 2 først legge frem avhandlingens rettskildebilde og metodiske tilnærming. Ettersom fokuset i denne avhandlingen vil være på menneskerettighetene, vil jeg presentere de bestemmelsene jeg her velger å vektlegge i et eget kapittel 3. Rettighetene vil ha betydning for de videre drøftelser, og det er dermed hensiktsmessig med en generell gjennomgang for å unngå for mye gjentakelser senere. Jeg vil også peke på problemene rundt rettighetskonflikter, og presentere fastlegenes og kvinnes rettstilstand.

I forhold til drøftelsen av reservasjonsadgangens utvikling vil jeg i kapittel 4 ta utgangspunkt i fire ulike scenarier: tiden før rundskrivet fra 2011, perioden fra 2011 til høringsforslaget i januar 2014, hvordan det hadde blitt dersom forslaget ble vedtatt, og hvordan situasjonen er i dag. Til alle disse scenariene knytter det seg ulike spørsmål som hver for seg og samlet, vil kunne belyse hvilke problemer som kan oppstå ved den rettslige reguleringen, eller mangelen på denne, av etisk vanskelige spørsmål i arbeidslivets møte med enkeltmenneskets personlige overbevisning.

Til slutt vil jeg i kapittel 5 forsøke å komme med en konklusjon, og noen avsluttende bemerkninger om reservasjonsforløpet så langt.

³³ NOU 2013:1 s. 269

³⁴ NOU 2013:1 s. 269

³⁵ Pressemelding nr.: 12/2014 fra Helse- og omsorgsdepartementet 7. mai 2014

2 Rettskildebildet og metode

Som nevnt innledningsvis er rettskildebildet i forhold til religionsfrihet og kjønnsdiskrimineringsvern svært vidtrekkende og sammensatt. Innen de nasjonale rettskildene tar jeg først og fremst utgangspunkt i abortloven og fastlegeforskriften, som angir kvinners rett til svangerskapsavbrudd, helsepersonells adgang til samvittighetsgrunnet fritak, og innholdet av fastlegenes arbeidsplikter. Likestillings- og diskrimineringslovgivningen vil også være relevant i forhold til avhandlingens tema, men ettersom jeg her velger et menneskerettsperspektiv vil jeg kun komme inn på den nasjonale lovgivningen til belysning av diskrimineringsvernet generelt.

Menneskerettsloven blir derimot av stor betydning,³⁶ ettersom jeg velger å legge hovedfokus på menneskerettighetskonvensjonene Norge har inkorporert gjennom § 2. I følge denne bestemmelsen skal fem regionale og internasjonale konvensjoner gjelde som norsk lov, herunder EMK, ØSK, SP og KDK.³⁷ Ett viktig moment ved disse konvensjonene er prinsippet nedfelt i mnskr. § 3, som lyder:

«Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.»

Konvensjonsbestemmelsene er altså gitt forrang over nasjonal rett – noe som vil si at norsk lov må tolkes i tråd med menneskerettighetene, ellers må loven tilsidesettes til fordel for menneskerettsbestemmelsen dersom de ikke harmonerer.³⁸

Under hver av disse konvensjonene er det opprettet egne overvåkningsorganer som skal sikre etterlevelsen av konvensjonsbestemmelsene i praksis.³⁹ Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31-33 danner ikke bare grunnlaget for konvensjonstolkning generelt, men også for betydningen av denne internasjonale håndhevspraksisen.⁴⁰ Selv om Norge ikke er part i denne traktaten, anses den for å være folkerettslig sedvanerett, og slik danner den likevel grunnlaget for all konvensjonstolkning.⁴¹

³⁶ Heretter brukes forkortelsen mnskr.

³⁷ FNs Barnekonvensjon er også inntatt i mnskr. § 2 nr. 4 – denne er ikke relevant for avhandlingens tema og holdes derfor utenfor den videre opplistingen

³⁸ Presumsjonsprinsippet

³⁹ Strand (2012) s. 64

⁴⁰ Wien-konvensjonen art. 31 nr. 2 punkt (b)

⁴¹ Strand (2012) s. 76

EMK art. 19 opprettet EMD som etter art. 33 og 34 skal behandle saker klaget inn av både Europarådets medlemsstater og enkeltindivider, grupper eller frivillige organisasjoner, som hevder at en medlemsstat har handlet i brudd med menneskerettighetene i EMK. Domstolens praksis angir både konkrete domsavsigelser og generelle tolkningsprinsipper, i tillegg til at den setter opp rammene for medlemsstatenes skjønnsmargin innen ulike problemområder. Dommer avsagt av EMD er bindende for statene etter art. 46, og domstolens praksis og uttalelser er derfor av avgjørende rettskildemessig betydning for tolkningen av EMKs bestemmelser.

Under FN-konvensjonene SP, ØSK og KDK finnes det ikke egne domstoler, men hver av dem har egne overvåkningskomiteer: SP har Menneskerettskomitéen, ØSK har ØSK-komitéen og KDK har Kvinnediskrimineringskomitéen. Komiteene avgir ulike typer uttalelser;⁴² generelle rekommandasjoner om tolkningen av konvensjonsbestemmelsene, konkluderende observasjoner om den enkelte medlemsstats etterlevelse av bestemmelsene, og uttalelser i forbindelse med individklager.⁴³ I motsetning til EMDs dommer er derimot disse uttalelsene ikke rettslig bindende for statene,⁴⁴ men folkerettslig litteratur legger til grunn at overvåkningspraksisen likevel er et sentralt tolkningsmoment.⁴⁵ Vekten av konvensjonsorganenes praksis må likevel vurderes i forhold til dens sammenheng, klarhet og om det er snakk om en generell rekommandasjon eller en uttalelse til Norge spesifikt.⁴⁶ I den videre fremstillingen vil ulike generelle rekommandasjoner og kommentarer fra de ovenfor nevnte komitéene trekkes inn som relevante rettskilder.⁴⁷

Av andre nasjonale og internasjonale kilder vil forarbeider, rundskriv, politiske dokumenter, artikler og juridisk litteratur være aktuelle. Norsk rettspraksis vil derimot ikke benyttes da det (så langt) ikke finnes avgjørelser innen denne problemstillingen.

Jeg vil i tillegg benytte meg av ulike undersøkelser og nettsider som informasjonskilder. Selv om disse ikke har noen rettskildemessig vekt vil de være hensiktsmessige til belysning av ulike spørsmål reservasjonsrettdebatten reiser.

⁴² Strand (2012) s. 64-65

⁴³ Strand (2012) s. 78-79: Individklager er enkeltmenneskers mulighet til å få en konkret vurdering av sin sak av komitéene, og praksisen ligner med det en domstolshåndhevelse. Muligheten for individklager fremkommer av de første tilleggsprotokollene til SP, KDK og ØSK, men Norge har så langt kun ratifisert de to første – individklager til ØSK-komitéen er så langt derfor ikke mulig

⁴⁴ Strand (2012) s. 78

⁴⁵ Strand (2012) s. 84

⁴⁶ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 68

⁴⁷ I forbindelse med selvbestemmelsesretten i SP art. 1 vil også Rasediskrimineringskomitéens (CERD) GR no. 21 trekkes inn

Metodisk vil jeg først behandle og fremstille de utvalgte konvensjonsbestemmelsene mer inngående nedenfor i kap. 3, da disse grunnet avhandlingens menneskerettsperspektiv representerer de viktigste rettskildene for både fastlegenes og kvinnes interesser. Jeg vil deretter bruke menneskerettighetene som utgangspunkt for drøftelsene av de ulike scenariene i kap. 4, der jeg under hvert scenario vil trekke opp linjene mellom kvinners og fastlegers rettigheter etter både nasjonal og internasjonal rett, peke på hvilke gnisninger som eventuelt vil kunne oppstå, og hvordan rettighetene kan og kanskje bør harmoneres mot hverandre. Jeg vil også under hver epoke vurdere hvilken part jeg mener ble eller ville blitt prioritert i forhold til myndighetenes/lovgivers fremgangsmåte. Til slutt vil jeg forsøke å komme med en konklusjon der trådene trekkes sammen.

3 Menneskerettighetene

De internasjonale håndhevingsorganene fokuserer i hovedsak på tolkning av «sin» konvensjon, mens Norge gjennom menneskerettslovens inkorporering åpner for rettsanvendelse på selvstendig grunnlag slik at alle konvensjonene kan trekkes inn ved løsningen av en konkret problemstilling.⁴⁸ Dette harmonerer med den valgte fremgangsmåte da jeg som nevnt innledningsvis her begrenser drøftelsene til å gjelde kun religionsfrihet etter EMK art. 9 og SP art. 18 for fastlegene, og vernet mot kjønnsdiskriminering etter KDK, selvbestemmelse etter SP og ØSK art. 1 og helse etter ØSK art. 12 for kvinnene – selv om andre menneskerettigheter i det større bildet også kan være aktuelle for problemstillingen.

3.1 Konflikt mellom menneskerettigheter

Menneskerettighetene skaper et individvern som helhet, ikke enkeltvis, og bestemmelsene står dermed i et gjensidig avhengighetsforhold til hverandre.⁴⁹ I dette ligger at en menneskerettighet kan «flyte over» i en annen ved at deres anvendelsesområde overlapper eller utfyller hverandre, og at de dermed må ses i sammenheng. Således er heller ingen menneskerettighet gitt forrang over andre, og det finnes ingen hierarkisk rangering rettighetene imellom.⁵⁰ Det er derfor ikke mulig å gi et generelt svar på hva som er viktigst av religionsfriheten og kjønnsdiskrimineringsvernet i et tilfelle som det foreliggende, der de kommer i konflikt med hverandre.

⁴⁸ Strand (2012) s. 73-74

⁴⁹ Solhøy (2010) s. 108

⁵⁰ Solhøy (2010) s. 108

Begge sider i en konflikt anser «sin» rettighet for å være den viktigste. I reservasjonsrettstilfellet er det snakk om to rettigheter som begge anses for å være fundamentale for enkeltmennesket, og avgjørende for utnyttelsen av de øvrige menneskerettighetene.⁵¹ Hva skal da bli avgjørende når et ønske om samvittighetsgrunnet fritak fra aborthenvisning for fastleger kan medføre kjønnsdiskriminering av kvinner?

Dersom motstrid eller konflikt oppstår mellom norske rettsregler har vi enkelte tolkningsprinsipper som gir oss løsningen på hva som skal gjelde.⁵² Ved konflikt mellom menneskerettigheter finnes det derimot ingen slike klare prinsipper. For å løse konflikten må det foretas en konkret avveining der rettighetene balanseres opp mot sakens faktum og hverandre, slik at man kan komme til en hensiktsmessig løsning. Dette vil igjen bety at man i det enkelte tilfellet setter den ene rettigheten foran, og foretar innskrenkninger eller setter begrensninger i den andre. Argumentene må derfor være tungtveiende, og dette vil særlig gjelde når det er snakk om fundamentale rettigheter slik som her.

I det konkrete tilfellet er det snakk om nasjonal regulering (eller mangel på regulering) av et område der to gruppers påståtte rettigheter ikke er forenelige. Det må derfor først avgjøres om fastlegenes og kvinnenenes situasjon faktisk dekkes av tanke-, samvittighets- og religionsfriheten i EMK art. 9 og SP art. 18, og kjønnsdiskrimineringsvernet i KDK, retten til selvbestemmelse etter ØSK og SP art. 1 og helse etter ØSK art. 12. Jeg vil foreta denne vurderingen nedenfor i kap. 3.2.2 for fastlegene, og i kap. 3.3.3 for kvinnene.

3.2 Ivaretagelse av fastlegenes interesser

3.2.1 Religionsfrihet

Retten til fritt å kunne både velge sin tro og gi uttrykk for sin personlige overbevisning anses av mange som en av de mest grunnleggende. Religion og livssyn påvirker alle menneskers identitet og levemåte i større eller mindre grad, og er aktuelt i forhold til de fleste sider av livet enten man velger en religiøs tro eller ikke. EMD uttalte i den grunnleggende Kokkinakis-saken at religionsfriheten er en fundamental rettighet i det demokratiske samfunn, og at religionsfriheten er viktig i forhold til individets identitet og livssyn uansett om man er troende, ateist, agnostiker, skeptiker eller likegyldig.⁵³

⁵¹ Kokkinakis v. Greece punkt 31 og CEDAW GR no. 28 punkt 4

⁵² Lex superior-, lex posterior- og lex specialis prinsippet

⁵³ Kokkinakis v. Greece punkt 31 – mer om denne dommen i kap. 3.4.1.1

EMK art. 9 nr. 1 lyder:

«1. Enhver har rett til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet; denne rett omfatter frihet til å skifte sin religion eller overbevisning, og frihet til enten alene eller sammen med andre og såvel offentlig som privat å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning, ved tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse.»

EMK art. 9 nr. 1 gir enhver både rett til en *indre* personlig sfære av tro og overbevisning, så vel som rett til *utad* å gi uttrykk for sin tro eller overbevisning «... ved tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse.»⁵⁴ I dette ligger at religionsfriheten ikke bare dreier seg om den enkeltes tanker, men også om friheten til å uttrykke sin religion og overbevisning blant andre mennesker og i det offentlige.⁵⁵ Denne retten til uttrykk gjelder derimot ikke uten begrensninger, da det ikke er slik at enhver religiøst begrunnet uttalelse eller handling dekkes av art. 9 nr. 1.⁵⁶ Disse begrensningene skal utelukke muligheten til å bruke religion som «unnskyldning» for å omgå eller handle i strid med regelverk, for å tilegne seg urettmessige goder eller fritak, e.l.

Denne adgangen til å gjøre unntak fra eller sette begrensninger i den enkeltes religionsutøvelse er imidlertid snever og underlagt flere vilkår. EMK art. 9 nr. 2 lyder:

«2. Frihet til å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning skal bare bli undergitt slike begrensninger som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Det må først understrekes at det går et skille mellom nr. 1 og nr. 2, da nr. 1 omhandler «...tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet», mens nr. 2 kun omhandler «...religion eller overbevisning». Tanke- og samvittighetsfriheten er altså ikke nevnt i art. 9 nr. 2, og det er dermed ikke adgang til å sette begrensninger i denne retten. Samtidig ville det vært tilnærmet umulig ettersom dette i hovedsak foregår i den enkeltes hode – et slikt tillegg ville kanskje derfor uansett vært unødvendig.⁵⁷ For at alle de ulike religionene som finnes skal kunne sameksistere i samfunnet i fred, har derimot EMD uttalt at det i adgangen etter EMK art. 9 nr. 2 ligger en erkjennelse av et behov for begrensninger i den ytre religionsutøvelsen i visse til-

⁵⁴ EMDs vurdering av «The Law» innledningsvis i *Blumberg v. Germany*

⁵⁵ *Kokkinakis v. Greece* punkt 31 og *Eweida and Others v. United Kingdom* punkt 80

⁵⁶ EMDs vurdering av «The Law» i *Blumberg v. Germany*

⁵⁷ Med mindre han/hun gir uttrykk for sine tanker, men da ville ytringsfriheten etter art. 10 kommet inn

feller.⁵⁸ Man kan altså ikke utad si og gjøre som man vil under påskudd av religionsfriheten, da dette kan virke støtende på andre. Dette skillet mellom «det indre» og «det ytre» er også i tråd med Menneskerettskomitéens uttalelser om religionsfriheten i SP art. 18, som behandles nedenfor.

Det fremgår av EMDs vurdering i Kokkinakis-saken at de tre vilkårene oppstilt i art. 9 nr. 2 må være til stede for rettmessig å kunne gjøre unntak fra eller foreta begrensninger i den ytre religionsfriheten:⁵⁹ begrensningen må være foreskrevet ved lov, ha en saklig begrunnelse satt i sammenheng med et eller flere av formålene oppstilt i art. 9 nr. 2, og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Religionsfriheten vernes også i FNs konvensjoner. SP art. 18 nr. 1 og 2 lyder:

- «1. Enhver skal ha rett til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å bekjenne seg til eller anta en religion eller tro etter eget valg, og frihet til alene eller sammen med andre, offentlige eller private, å utøve sin religion eller tro gjennom gudstjeneste, iakttagelse av religiøse skikker, andaktsøvelser og undervisning.*
- 2. Ingen må utsettes for tvang som vil kunne innskrenke hans frihet til å bekjenne seg til eller å anta en religion eller tro etter eget valg.»*

Menneskerettskomitéen uttaler også at religionsfriheten etter SP art. 18 er en fundamental og vidstrakt rettighet, og at dette understrekes ved at det ikke engang er adgang til å fravike bestemmelsen selv ved offentlige nødssituasjoner, jf. art. 4 nr. 2.⁶⁰ Bestemmelsen skiller i likhet med EMK imidlertid mellom den «indre» tanke-, samvittighets- og religionsfriheten, og retten til å manifestere religion og tro utad – den førstnevnte er en betingelsesløs frihet det ikke kan godtas begrensninger i av noe slag, mens sistnevnte i visse tilfeller kan begrenses.⁶¹ Manifesteringen kan også anses for å være den «aktive» delen av religionsfriheten.⁶²

⁵⁸ Kokkinakis v. Greece punkt 33

⁵⁹ Kokkinakis v. Greece punkt 36

⁶⁰ CCPR GC no. 22 punkt 1

⁶¹ CCPR GC no. 22 punkt 3 og 4

⁶² Joseph (2013) s. 567 punkt 17.15

Adgangen til begrensninger i religionsutøvelsen etter FN konvensjonen fremkommer av art. 18 nr. 3:

«3. Friheten til å utøve en religion eller tro skal ikke være gjenstand for andre begrensninger enn slike som er foreskrevet i lov og som er nødvendig for å beskytte den offentlige sikkerhet, orden, helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter.»

Også av denne bestemmelsen fremgår det at tre vilkår må foreligge for at begrensninger kan godtas: begrensningen må fremkomme av lov, ha som formål å ivareta et av de opplistede hensyn, og være nødvendig. Menneskerettskomitéen understreker at bestemmelsen må tolkes strengt og at begrensninger kun kan tillates i direkte relasjon med hensynene, i tillegg til at det i vilkåret om nødvendighet må tolkes inn et krav om proporsjonalitet.⁶³ Når det gjelder konkret hvilke hensyn som faller innenfor unntaksadgangen i art. 18 nr. 3, har komitéen så langt ikke foretatt mange avklaringer gjennom individklagesaker, men bl.a. hensynet til sikkerhet og helse på arbeidsplassen kan begrunne en innskrenkning i den ansattes rett til å manifestere sin religion.⁶⁴

«Enhver» har tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter både EMK art. 9 og SP art. 18 – det finnes altså ingen begrensninger i forhold til hvem som kan fremme påstand om brudd; *alle* innehar rettigheten. Derimot finnes det begrensninger i forhold til hvilke forhold som vernes av religionsfriheten, og hvilke hensyn som kan begrunne innskrenkninger i religionsutøvelsen. I forhold til fastlegers mulighet til reservasjoner mot henvisning til selvbestemt abort legger jeg her til grunn at hensynet til beskyttelsen av andres grunnleggende rettigheter og friheter er det mest aktuelle – kvinners rett til kjønnsdiskrimineringsvern, selvbestemmelse og helse.

3.2.2 Fastlegenes rettslige stilling

Som vist ovenfor må visse vilkår være oppfylt for at det skal være adgang til å sette begrensninger i den enkeltes religionsfrihet. I det aktuelle tilfellet dreier det seg imidlertid ikke om å avgjøre rekkevidden av religionsfriheten i en konkret sak – problemstillingen her dreier seg om nasjonal regulering, eller mangel på regulering, av fastlegers adgang til å få samvittighetsgrunnet fritak fra å utføre visse arbeidsoppgaver de ellers ville vært forpliktet til å utføre. Å avgjøre om begrensningen da er «...foreskrevet ved lov», jf. EMK art. 9 og SP art. 18 nr. 3 kan bli vanskelig.

⁶³ CCPR GC no. 22 punkt 8

⁶⁴ Joseph (2013) s. 573 punkt 17.29: En Sikh ble i saken Singh Bhinder v. Canada pålagt å bruke hjelm på arbeidsplassen til tross for at dette medførte at hans turban måtte fjernes i strid med hans religion

EMD uttalte i Leyla Sahin-saken at det ikke bare er formell lov som dekkes av dette kravet, men også materiell rett i form av praksis fra kompetente myndigheter.⁶⁵ I forhold til avhandlingens problemstilling og de fire ulike norske scenariene jeg drøfter i kap. 4, vil det imidlertid være snakk om situasjoner der det både finnes avklaringer fra myndigheter og situasjoner der slik avklaring mangler. Utgangspunktet vil dermed variere, og jeg velger derfor ikke å problematisere dette vilkåret nærmere – kun nøye meg med å nevne at i en konkret sak for domstolen vil dette være et krav som må oppfylles for å kunne foreta begrensninger i religionsfriheten.

I tillegg har EMD i den konkrete sak også skilt mellom handlinger som er *motivert* av personlig tro eller overbevisning, og handlinger som er *manifestert* av troen eller overbevisningen.⁶⁶ For at handlingen skal være dekket av EMK art. 9 har den måttet innebære en manifestering av religionen eller overbevisningen.⁶⁷ Rent idealistiske aktiviteter eller handlinger har derimot ikke blitt ansett for å være dekket av bestemmelsens virkeområde.⁶⁸ Samtidig la EMD klagerens egen oppfattelse av sitt religionsuttrykk/manifestasjon til grunn i Leyla Sahin-saken.⁶⁹

Hvorvidt det er en rent religiøs begrunnelse for fastlegens ønske om reservasjon kan variere; det kan også være snakk om en sterk moralsk overbevisning som ikke har sammenheng med religion, men som likevel ikke er forenelig med abortinstitusjonen. Uansett om fastlegens overbevisning er grunnet i religiøs tro eller ikke, forutsetter jeg i denne avhandlingen at et ønske om en reservasjonsmulighet er dekket av retten til å gi uttrykk for sin religion etter EMK art. 9 og retten til å utøve sin religion etter SP art. 18, uten å problematisere dette nærmere.⁷⁰

Testen i forhold til denne avhandlingens drøftelser blir etter dette dermed om reguleringen, eller mangelen på regulering, av fastlegers adgang til aborthenvisningsreservasjon er «...nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til [...] helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter eller friheter» etter EMK art. 9 nr. 2, og om den er «...nødvendig for

⁶⁵ Leyla Sahin v. Turkey punkt 88

⁶⁶ Bl.a. i saken Kokkinakis v. Greece som presenteres i kap. 3.4.1.1

⁶⁷ Bl.a. Pretty v. United Kingdom punkt 82

⁶⁸ Reid (2011) s. 700, punkt II-620. F.eks. anså ikke Menneskerettskommisjonen (nå EMD) det tilstrekkelig sannsynliggjort i saken Blumberg v. Germany at en lege mistet jobben fordi han nektet å foreta en medisinsk undersøkelse av en lærling grunnet et «subjektivt moralsk dilemma», og ikke fordi han var imot undersøkelsen i seg selv. Nektelsen ble derfor ikke ansett for å være en manifestasjon av religiøs overbevisning, og saken ble avvist i henhold til EMK art. 35

⁶⁹ Leyla Sahin v. Turkey punkt 78

⁷⁰ Både «...religion eller overbevisning» er dekket av EMK art. 9, og «...religion eller tro» av SP art. 18

å beskytte [...] helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter» etter SP art. 18 nr. 3.⁷¹ Herunder om begrensningen av eller tillatelsen til reservasjoner har et saklig formål og om middelet er proporsjonalt i forhold til oppnåelsen av dette formålet.

3.3 Ivaretagelse av kvinners interesser

3.3.1 Diskrimineringsvernet

For å kunne konstatere at det foreligger diskriminering, må visse grunnleggende vilkår være tilstede:⁷² det må først og fremst dreie seg om et tilfelle av forskjellsbehandling, der en eller flere personer settes i en dårligere stilling enn andre i lik eller tilnærmet lik situasjon. Videre må bakgrunnen for forskjellsbehandlingen ha sammenheng med et (eller flere) nærmere definerte diskrimineringsgrunnlag, som f.eks. religion eller kjønn. For det tredje må forskjellsbehandlingen være usaklig begrunnet, i det at den baserer seg på et rettsstridig forhold.⁷³ I sistnevnte ligger et behov for å foreta en saklighetsvurdering der det først må vurderes om formålet var sant eller relevant i sin sammenheng, for deretter å vurdere tiltakets proporsjonalitet – om det var egnet, nødvendig og forholdsmessig i forhold til målet som søkes nådd.⁷⁴

I nasjonal lovgivning vernes forbudet mot kjønnsdiskriminering i Ligestillingsloven 2013 § 5,⁷⁵ og proporsjonalitetsvurderingen utgår direkte av ordlyden i § 6 om lovlig forskjellsbehandling som lyder:

«Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

a) den har et saklig formål,

b) den er nødvendig for å oppnå formålet og

c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.»

Behovet for å foreta en slik proporsjonalitetsvurdering fremkommer derimot ikke av ordlyden til menneskerettighetskonvensjonene.⁷⁶ EMD presiserte likevel i Belgian Linguistic-saken at det må innfortolkes et krav om objektivitet og rimelighet i saklighetsvurderingen etter EMK

⁷¹ Kravet etter SP er «...nødvendig», ikke «...nødvendige i et demokratisk samfunn». Mer om dette i kap. 4

⁷² Strand (2012) s. 133

⁷³ Hellum (2008) s. 41

⁷⁴ Strand (2012) s. 133

⁷⁵ Ny lov som trådte i kraft 1. januar 2014; tidligere vernet i ligestillingsloven av 9. juni 1978 nr. 45 § 3. Heretter brukes forkortelsen likestl.

⁷⁶ Strand (2012) s. 134

art. 14, slik at ikke all forskjellsbehandling inngår i bestemmelsen og anvendelsesområdet blir for vidt.⁷⁷ Dette kravet må også tolkes inn i KDKs bestemmelser – mer om dette nedenfor.

3.3.1.1 Direkte og indirekte diskriminering

KDK omfatter statlige forpliktelser til å oppnå både formell og faktisk/substansiell likestilling; formell likestilling gjennom kjønnsnøytrale lover og tiltak, og faktisk likestilling gjennom en vurdering av lovenes og tiltakenes virkning i praksis.⁷⁸ Dette kalles også ofte for de jure og de facto likestilling,⁷⁹ og medlemsstatene er etter KDK forpliktet til å respektere, beskytte og oppfylle begge sidene av diskrimineringsvernet for å sikre kvinners utvikling og fremmelse.⁸⁰

Det fremkommer av konvensjonens formål og ordlyden i art. 1, «...som har som virkning eller formål», at KDK dekker både direkte og indirekte diskriminering.⁸¹ Direkte diskriminering foreligger dersom forskjellsbehandlingen eksplisitt eller åpenlyst begrunnes med kjønnsforskjeller, mens indirekte diskriminering foreligger der en tilsynelatende nøytralt utformet lov, politikk, praksis, e.l. får en diskriminerende virkning eller effekt grunnet bakenforliggende ulikheter mellom kjønnene.⁸² Sistnevnte kan derfor være mye vanskeligere å oppdage da indirekte diskriminering ikke er like åpenlys, eller at det diskriminerende aspektet kanskje ikke blir synbart før etter en viss tid eller dersom en viss situasjon oppstår. Samtidig ligger det en anerkjennelse i begrepet om indirekte diskriminering at kun et vern mot direkte diskriminering ikke er nok, ettersom dette ikke verner mot at eksisterende forskjeller kan komme skjevt ut for den enkelte.⁸³ Dersom KDKs anvendelsesområde var begrenset til kun å gjelde eksplisitt diskriminerende handlinger og unnlatelser ville dette innsnevret konvensjonens rekkevidde betydelig.⁸⁴

En tredje type diskriminering er den strukturelle. Her vil det være overordnede strukturer som får diskriminerende virkning gjennom f.eks. at nasjonal lovgivning bygger på kulturelle stereotyper av manns- og kvinnerollen, hierarkiske kjønnsrelasjoner, e.l. som medfører ulik «maktfordeling» mellom kjønnene.⁸⁵ Strukturell diskriminering kan altså anses som et utslag

⁷⁷ The Belgian Linguistic Case punkt 10

⁷⁸ Hellum (2008) s. 62

⁷⁹ Freeman (2012) s. 65

⁸⁰ CEDAW GR no. 28 punkt 16

⁸¹ Freeman (2012) s. 65

⁸² CEDAW GR no. 28 punkt 16

⁸³ Strand (2012) s. 138

⁸⁴ Freeman (2012) s. 59

⁸⁵ Hellum (2008) s. 63

av indirekte diskriminering ved at staten mislykkes i å ta tak i et eksisterende samfunnsmønster som hindrer likestilling mellom kjønnene.⁸⁶

I forhold til avhandlingens problemstilling er det ikke snakk om å eksplisitt utelukke en gruppe kvinner fra retten til selvbestemt abort – det vil derfor ikke bli snakk om direkte diskriminering. En reservasjonsmulighet går ut på å gi fastleger en fritaksmulighet ved alvorlig personlig overbevisning – et tilsynelatende nøytralt utformet forslag – som kan få den følge at kvinners rettslige tilgang til svangerskapsavbrudd begrenses, eller til og med kanskje bortfaller i visse områder. Det blir derfor et spørsmål om en slik mulighet innebærer indirekte diskriminering av kvinner.

3.3.1.2 *Kjønn som diskrimineringsgrunnlag*

KDK omhandler *kun* diskriminering av kvinner på grunnlag av kjønn. Formålet med konvensjonen var å synliggjøre, tilgjengeliggjøre og effektivisere kjønnsdiskrimineringsforbudet mot kvinner gjennom et samlet, effektivt og proaktivt instrument.⁸⁷ I fortalen anerkjennes behovet for et slikt særlig vern av kvinner grunnet ikke bare historiske forhold, men også fordi kvinner fortsatt i dagens samfunn undertrykkes til tross for arbeidet som er gjort av både FN og andre organisasjoner. KDK går dermed lenger i sitt vern mot kjønnsdiskriminering enn de øvrige allmenne konvensjonsbestemmelsene,⁸⁸ og hovedfokus i denne avhandlingen i forhold til reservasjonsrettdebatten og spørsmålet om kjønnsdiskriminering vil videre derfor ligge på denne konvensjonen.

Heller ikke i forhold til kjønn innebærer all forskjellsbehandling diskriminering – det må som nevnt ovenfor foretas en konkret vurdering i det aktuelle tilfellet, og for at forskjellsbehandlingen skal kunne «godkjennes» som saklig må tre kriterier foreligge: den må ha et *legitimt formål*, forskjellsbehandlingen må være *nødvendig* for å oppnå dette formålet, og den må være *proporsjonal*, noe som igjen vil si at det må vurderes om det er et rimelig forhold mellom mål og middel, og om middelet i seg selv er egnet til å nå formålet.⁸⁹

⁸⁶ CEDAW GR no. 28 punkt 16

⁸⁷ Hellum (2008) s. 59

⁸⁸ Kjønn som diskrimineringsgrunnlag er nevnt i bl.a. EMK art. 14, ØSK art. 2 nr. 2 og SP art. 2 nr. 1

⁸⁹ Ketscher (2008) s. 45

3.3.2 Retten til selvbestemmelse og helse

Selv om kjønnsdiskriminering av kvinner blir hovedspørsmålet ved drøftelsen av reservasjonsmuligheter mot aborthenvisning for fastleger, er retten til å bestemme over eget liv, kropp og helse også momenter som bør nevnes ved kvinnes side av saken.

Hverken EMK eller KDK har egne bestemmelser om individets selvbestemmelsesrett.⁹⁰ Det har derimot ØSK og SP, og den identiske art. 1 i begge konvensjonene lyder:

«1. Alle folk har selvbestemmelsesrett. I kraft av denne rett bestemmer de fritt sin politiske stilling, og fremmer fritt sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling.»

Ut ifra konvensjonenes formål og ulike virkeområder kan det legges til grunn at ØSK art. 1 er mest naturlig å anvende i forbindelse med retten til selvbestemmelse innen økonomiske og sosiale problemstillinger, mens SP art. 1 er naturlig å anvende i forhold til mer politiske problemstillinger.⁹¹ Kvinners selvbestemmelsesrett i den aktuelle sammenhengen er av både sosial og politisk art, og begge konvensjoner er således aktuelle. ØSK-komiteén har derimot ikke kommet med noen generell uttalelse om bestemmelsen – det har Menneskerettskomiteén, og jeg fokuserer derfor videre på SP art. 1.

Menneskerettskomiteén anerkjenner at denne rettigheten er spesielt viktig ettersom selvbestemmelse er et essensielt moment i forhold til utnyttelsen og styrkingen av de øvrige menneskerettighetene.⁹² Til tross for dette er rettigheten uttrykkelig unntatt fra komiteéns klageordning, jf. SPs valgfrie tilleggsprotokoll art. 2.⁹³ Dette svekker bestemmelsens gjennomslagskraft, og kan kanskje sies å virke motstridende i forhold til Menneskerettskomiteéns uttalelse om dens betydning. Samtidig har komiteén fremholdt at den vil tolke selvbestemmelsesretten i forhold til påståtte brudd på andre rettigheter etter konvensjonen, til tross for den manglende kompetansen i forhold til brudd på art. 1 i seg selv.⁹⁴ Slik kan retten til selvbestemmelse bli et moment i vurderingen av om det foreligger brudd på diskrimineringsforbudet.⁹⁵

⁹⁰ EMD tolker derimot hensynet til den personlige autonomi inn i EMK art 8, jf. *Pretty v. United Kingdom* punkt 61 i.f.

⁹¹ Saul (2014) s. 14

⁹² CCPR GC no. 12 punkt 1

⁹³ Tilleggsprotokollen er inntatt i norsk lov gjennom mnskrl. § 2 nr. 3 punkt a

⁹⁴ *Gillot v. France* punkt 13.4

⁹⁵ Selv om Menneskerettskomiteén uttalte i *Gillot*-saken art. 1 kan tolkes i lys av påstått brudd på de andre rettighetene etter SP, velger jeg å benytte selvbestemmelsesretten som moment i vurderingen av et mulig brudd på kvinners diskrimineringsvern etter KDK. Dette på bakgrunn av Norges inkorporering etter mnskrl. som åpner for rettsanvendelse på selvstendig grunnlag (jf. kapitlets innledning), og fordi SP i seg selv også

Komitéens generelle kommentar om art. 1 gir ikke mange anvisninger i forhold til bestemmelsens anvendelse, men FNs Rasediskrimineringskomité har derimot utarbeidet en mer detaljert generell rekommandasjon om selvbestemmelsesretten.⁹⁶ Selv om denne naturlig nok i hovedsak fokuserer på diskriminering på grunnlag av rase og etnisitet, kommer komitéen også med noen generelle uttalelser om selvbestemmelse. Rekommandasjonen skiller mellom en ekstern og en intern selvbestemmelsesrett, der den eksterne i hovedsak knyttes opp mot individets rett til å bestemme sitt politiske ståsted, mens den interne omhandler den enkeltes rett til fri økonomisk, sosial og kulturell utvikling uten innblanding utenfra.⁹⁷ I forhold til kvinners rett til selvbestemt abort vil sistnevnte kunne få betydning.

Selvbestemmelsesretten kan i forhold til kvinners rett til svangerskapsavbrudd ses i sammenheng med retten til helse.⁹⁸ Dette er en rettighet som ikke nevnes i hverken SP eller EMK. Derimot lyder ØSK art. 12 nr. 1:

«1. Konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk.»

ØSK-komitéeen anerkjenner at muligheten for utnyttelse av de øvrige menneskerettighetene er nært knyttet til og avhengig av retten til helse, og at dette gjør den til en fundamental rettighet.⁹⁹ Komitéen understreker også at «...den høyest oppnåelige helsestandard» ikke bare går på adgangen til helsetjenester i seg selv, men også på sosioøkonomiske faktorer generelt.¹⁰⁰ Samtidig viser ØSK-komitéeen til kvinners særlige behov for vern ved å påpeke at alle barrierer som forstyrrer deres adgang til helsetjenester og -informasjon må fjernes, og at statene må benytte seg av forebyggende, fremmende og avhjelpende virkemidler for å beskytte kvinner mot praksis som kan begrense deres reproduktive rettigheter.¹⁰¹ Komitéen anerkjenner med det kvinners spesielle (biologiske) behov i forhold til retten til helse – et viktig moment i reservasjonsrettdebatten.

verner mot kjønnsdiskriminering etter art. 2 nr. 1 og 26, og jeg dermed ikke anser det for å gå utenfor anvendelsesområdet til art. 1

⁹⁶ Joseph (2013)

⁹⁷ CERD GR no. 21 punkt 4

⁹⁸ Det finnes ikke en «rett til god helse» i dirkte forstand, men en rett til et helsetilbud av en viss standard fastsatt ut ifra den enkelte stats økonomiske og velferdsmessige situasjon

⁹⁹ CESC GC no. 14 punkt 1 og 3

¹⁰⁰ CESC GC no. 14 punkt 4

¹⁰¹ CESC GC no. 14 punkt 21 i.f.

KDK har samtidig også en egen bestemmelse om avskaffelse av diskriminering innen helse-tjenester i art. 12, som lyder:

- «1. Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner på helseområdet, for å sikre tilgang til helsetjenester, herunder hjelp til familieplanlegging, på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner.*
- 2. Uten hensyn til bestemmelsene i nr. 1 i denne artikkel skal konvensjonspartene sørge for at kvinner får et hensiktsmessig, og om nødvendig gratis, tjenestetilbud i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel, samt tilfredsstillende ernæring under svangerskap og amming.»*

Innholdet i bestemmelsen anerkjenner at de biologiske forskjellene mellom kjønnene medfører et behov for særlig vern av kvinner spesielt i forhold til reproduktivitet. På grunn av bestemmelsens fokus på nettopp kvinnediskriminering innen helsevesenet er dette en viktig rettighet i forhold til kvinnes side av reservasjonsrettdebatten. Kvinnediskrimineringskomitéen uttaler bl.a. at mangelen på adgang til prevensjonsmidler, og dermed vanskeliggjøring av familieregulering, kan innebære brudd på KDK art. 12.¹⁰² Komitéen nevner derimot ingenting i sin rekommandasjon om abort annet enn at statenes lovgivning bør endres dersom abort er ulovlig eller straffbart.¹⁰³ Likevel uttales det at alle barrierer i forhold til kvinners adgang til helsevesenet, informasjon og kunnskap bør fjernes,¹⁰⁴ og at dersom helsepersonell av samvittighetsgrunner nekter å utføre en viss type helsehjelp må kvinnen videresendes til alternativt personell for å sikre gjennomføringen av bestemmelsen, ellers vil det være snakk om kjønnsdiskriminering.¹⁰⁵ Dette er aktuelt i forhold til et ønske om reservasjonsmuligheter mot abort-henvisning for fastleger, især i forhold til situasjonen til kvinner boende på små steder i Norge der det finnes få leger – mer om dette i kap. 4.

3.3.3 Kvinnenes rettslige stilling

For kvinnes del er spørsmålet om det aktuelle tilfellet er dekket av konvensjonsbestemmelsene litt enklere å avgjøre. Selv om KDK i art. 1 ikke definerer «kvinner», kommer det frem av flere av konvensjonsbestemmelsene at begrepet også omhandler jenter under 18 år – bl.a. i forbindelse med retten til utdanning i art. 10 og rettighetene i forbindelse med trafficking, giftemål, helse, vold, osv.¹⁰⁶

¹⁰² CEDAW GR no. 24 punkt 17

¹⁰³ CEDAW GR no. 24 punkt 31 c

¹⁰⁴ CEDAW GR no. 24 punkt 31 b

¹⁰⁵ CEDAW GR no. 24 punkt 11

¹⁰⁶ Freeman (2012) s. 14

Dette er også i tråd med EMDs praksis om adgang for klager til domstolen om abortpolitikken i en medlemsstat. For å kunne rette en slik klage må man være *direkte påvirket* av det nasjonale regelverket gjennom å være en kvinne i fruktbar alder – det holder altså ikke å f.eks. kun være en politiker som er uenig med abortpraksisen i sitt land uten å ha noen nærmere tilknytning.¹⁰⁷ Sistnevnte blir å regne som mer idealistisk pregede meninger, som nevnt i avsnittet ovenfor.¹⁰⁸

I forhold til aborthenvisning vil jeg dermed også legge til grunn at kvinner i fruktbar alder er et hensiktsmessig utgangspunkt – noe som i prinsipp vil inkludere en stor andel av kvinnene i befolkningen.

3.4 Relevant praksis fra EMD

For videre henvisninger og drøftelser følger her en kort fremstilling av de mest aktuelle sakene avgjort av EMD. Sakene deles opp under fastlegenes og kvinnes rettigheter, men må i prinsippet ses i sammenheng.

3.4.1 Rettspraksis om fastlegenes interesser

Selv om religionsfriheten anses for å være en grunnleggende rettighet har EMD behandlet relativt få saker om tema. Av totalt 697 saker for domstolen i 2013 handlet kun 10 om tanke-, samvittighets- og religionsfriheten i EMK art. 9 – noe som vil si kun 1,5 % av sakene.¹⁰⁹

Selve spørsmålet om legers rett til å reservere seg mot å henvise pasienter til selvbestemt abort har aldri vært behandlet av EMD, men utstrekningen av, og muligheten til å sette begrensninger i, religionsfriheten på arbeidsplassen har vært behandlet mange ganger. Problemstillingene har i hovedsak dreid seg om hvilken adgang arbeidsgiver har til å begrense arbeidstakers rett til å manifestere sin religion – som igjen er overførbart til problemstillingen i denne avhandlingen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Reid (2011) s. 269/270, punkt II-207

¹⁰⁸ Reid (2011) s. 700, punkt II-620

¹⁰⁹ HUDOC advanced search

¹¹⁰ Nærmere om dette i kap. 4

3.4.1.1 Kokkinakis v. Greece

Dette var den aller første saken der en medlemsstat ble dømt for brudd på EMK art. 9, og dommen angir viktige prinsipper for hvilke momenter som dekkes av religionsfriheten – som igjen vil ha betydning for fastlegenes stilling i reservasjonsrettdebatten. Denne dommen fra 1993 anses for å være både grunnleggende og et vendepunkt i utviklingen:¹¹¹

Kokkinakis var medlem av Jehovas Vitner og ble arrestert mer enn 60 ganger for å forsøke å få folk til å konvertere til hans religion (engelsk: proselytism). Tema i saken for EMD var Kokkinakis forsøk på å konvertere naboene sine ved å rakke ned på deres tro, utnytte deres uerfarenhet, lave intellekt og naivitet ved å tvinge seg inn i deres hjem under påskudd av å komme med gode nyheter. EMD kom til at det må skilles mellom misjonering og upassende forsøk på å få andre til å konvertere, for eksempel ved å lokke med materielle eller sosiale goder, tvang, vold, hjernevasking, eller lignende, og at Kokkinakis *ikke* hadde benyttet seg av slike upassende virkemidler. Dermed var det ikke nødvendig i et demokratisk samfunn å dømme han, jf. EMK art. 9 nr. 2.

EMD kom med flere grunnleggende uttalelser om rekkevidden av religionsfriheten i denne saken, og har i ettertid lagt disse til grunn i flere avgjørelser.¹¹² Dette øker deres rettskildemessige vekt. En av de mest betydningsfulle uttalelsene var den i punkt 31:

«As enshrined in Article 9 (art. 9), freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned.[...]

While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to "manifest [one's] religion".[...]

According to Article 9 (art. 9), freedom to manifest one's religion is not only exercisable in community with others, "in public" and within the circle of those whose faith one shares, but can also be asserted "alone" and "in private";[...]»

¹¹¹ Janis, mfl. (2008) s. 323

¹¹² Bl.a. i *Buscarini and Others v. San Marino* punkt 34, *Leyla Sahin v. Turkey* punkt 66 og *Eweida and Others v. United Kingdom* punkt 79 og 80

EMD slo med dette fast at religionsfriheten ikke bare dekker religiøs tro, men også friheten til å *ikke være religiøs*, og dermed ha betydning også for ateister, agnostikere, skeptikere og likegyldige. Uttalelsen presiserte også innholdet i det indre og det ytre aspektet ved EMK art. 9. nr. 1, herunder at overtalelse dekkes av bestemmelsens ytre virkeområde.

3.4.1.2 *Eweida and Others v. The United Kingdom*

Dette var opprinnelig fire saker med fire ulike klagere som ble slått sammen til én (men som ble selvstendig vurdert) grunnet sakenes relaterte problemstillinger.¹¹³ Denne saken fra 2013 omhandlet religionsfrihetens rekkevidde i møte med arbeidslivet, noe som er direkte overførbart i forhold til ønsket om samvittighetsgrunnet fritak for fastleger. Jeg velger her kun å presentere den ene klagerens sak – Ms. Ladeles – da dette er den mest relevante i forhold til avhandlingens problemstilling.

I tillegg til vurderingene av de enkelte klagerens saker, kom EMD i denne saken også med prinsipielle generelle uttalelser som endret rettstilstanden i forholdet mellom den ansattes oppsigelsesmulighet og arbeidsgivers mulighet til å sette begrensinger i hans/hennes religionsfrihet. Tidligere hadde domstolen, og tidligere Menneskerettskommisjonen, opprettholdt at oppsigelsesmuligheten *utelukket* konstateringen av brudd på religionsfriheten etter EMK art. 9. EMD uttalte i punkt 83:

«...Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.»

Fra å avskjære en slik påstand i arbeidssituasjonen grunnet muligheten for oppsigelse, skal dette nå kun inngå som et moment i en proporsjonalitetsvurdering der forholdsmessigheten av begrensningen i den ansattes religionsfrihet skal vurderes. EMD endret med dette retningen på den internasjonale rettstilstanden rundt religionsfrihetens rekkevidde i møtet med arbeidsforpliktelser.

¹¹³ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 50

Ms. Ladele

Ladele jobbet med å registrere fødsler, dødsfall og ekteskap i arkivene hos en lokal offentlig myndighet i London. Jobben inkluderte også å ta del i ekteskapsseremonier. Etter noen år ble det besluttet at stillingen hennes skulle utvides til også å gjelde sivile partnerskap; både registrering og seremonier. I følge Ladeles kristne tro var ekteskapet en institusjon mellom en mann og en kvinne, ikke mellom to personer av samme kjønn, og hun ønsket derfor ikke å ta del i homofile/lesbiske partnerskapsseremonier. Hun inngikk uformelle avtaler med kolleger om å bytte arbeidsoppgaver slik at hun slapp å ta del i disse, men kollegene begynte etterhvert å klage, da de mente hennes utsiling var diskriminerende. Hun ble informert om at hennes praksis ikke var i tråd med myndighetens anti-diskrimineringsfilosofi, at det påla kollegene urimelig ekstra arbeidsmengde, og at homofile kolleger følte seg utsatt pga. hennes syn. Ladele mente på sin side at arbeidsgiver skulle tilrettelegge for hennes religiøse tro. Hun ble etter hvert bedt om å signere en ny stillingsbeskrivelse som sa at hun kun skulle registrere partnerskap, ikke ta del i seremoniene, men hun klaget isteden arbeidsgiveren inn for indirekte diskriminering på grunnlag av religion (til UKs Employment Tribunal).

EMD kom til at Ladeles nektelse av å bistå under partnerskapsseremonier var direkte motivert av hennes religiøse tro, og dermed innebar en manifestering dekket av EMK art. 9. Videre kom domstolen til at arbeidsgiverens pålegg om at hennes stilling også skulle inkludere partnerskap innebar en begrensning i hennes religionsfrihet, og at domstolen derfor måtte vurdere om dette medførte diskriminering av Ladele (etter EMK art. 14 sammenholdt med art. 9). EMD kom til at det *ikke* forelå brudd på EMK ettersom arbeidsgiveren førte en anti-diskrimineringspolicy, og fordi medlemsstatene har en vid skjønnsmargin når det kommer til balanseringen av konkurrerende rettigheter.

I denne saken kom altså EMD frem til at vernet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering veide tyngre enn religionsfriheten i en arbeidssituasjon.

Denne saken er svært aktuell i forhold til reservasjonsrettproblemstillingen: Ladele jobbet for en offentlig arbeidsgiver som førte en anti-diskriminerende policy for både kunder og ansatte, og hun utøvet sin egen «reservasjonsrett» for å bli fritatt fra visse arbeidsoppgaver som stred imot hennes religiøse overbevisning ved å inngå avtaler med kolleger. UK ble ikke dømt for brudd på EMK fordi begrensningen i Ladeles frihet til å manifestere sin religion på arbeidsplassen var saklig begrunnet, og fordi den nasjonale domstolen selv ikke hadde kommet til at det forelå diskriminering.

3.4.2 Rettspraksis om kvinnes interesser

I forhold til kvinners rettigheter på området har også spørsmål rundt adgangen til abort vært behandlet av EMD en rekke ganger. I hovedsak har problemstillingene i sakene dreid seg om tilgangen på abort når mors liv er i fare, fosteret lider av misdannelser, eller når det foreligger andre spesielle situasjoner. Herunder har EMD kommet med viktige uttalelser om medlemsstatenes skjønnsmargin.

3.4.2.1 *R.R. v. Poland*

Saken omhandlet en kvinne som var gravid med et misdannet foster som mest sannsynlig led av et syndrom, og som på grunn av dette hadde krav på lovlig abort etter det nasjonale lovverket i Polen. Derimot ble hun etter flere ultralydundersøkelser nektet svangerskapsavbrudd gjentatte ganger fordi legen hennes var abortmotstander. Til slutt gikk graviditeten så langt at tidsbegrensningen på tolv uker gikk ut, og kvinnen fødte til slutt en jente med Turner syndrom.

EMD fant at det forelå brudd på EMK art. 3 om umenneskelig eller nedverdiggende behandling, da det tok 6 uker fra første ultralyd til hun fikk svar om at fosteret var misdannet, og at hun således hadde krav på svangerskapsavbrudd.¹¹⁴ Da hun endelig fikk denne beskjeden var det allerede for sent for abort, og hun hadde ingen valgmuligheter. Domstolen kom videre til at det forelå brudd på art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv ved at Polen ikke hadde overholdt sine positive forpliktelser etter konvensjonen.

Det interessante i forhold til denne avhandlingens tema er EMDs begrunnelse for at Polen hadde forsømt sine forpliktelser: domstolen uttalte at når en medlemsstat innenfor statens skjønnsmargin først åpner for lovmessig abort, må den også sørge for at lovens rammeverk ikke i realiteten hindrer adgangen til denne retten.¹¹⁵

¹¹⁴ Adgangen til abort i Polen er etter The 1993 Family Planning (Protection of the Human Foetus and Conditions Permitting Pregnancy Termination) Act and related statutes art. 4 a begrenset til når: morens liv eller helse er i fare, når det er stor risiko for at fosteret er livsvarig skadet eller har en livstruende sykdom, eller dersom graviditeten er et resultat av en kriminell handling

¹¹⁵ Dette ble også slått fast av EMD i saken *Tysiack v. Poland* 4 år før *R.R.*-saken

3.5 Nærmere om Norges positive konvensjonsforpliktelser

Medlemsstatene skal i følge EMK art. 1 «sikre» konvensjonens rettigheter og friheter, men bestemmelsen gir ingen anvisning på hvordan dette skal gjennomføres. Ordlyden i art. 52 tyder imidlertid kanskje på at sikring igjennom nasjonal lovgivning er å foretrekke.¹¹⁶ Norge har sikret menneskerettighetene i Grunnloven § 92, og gitt EMK, SP, ØSK og KDK status som norsk lov gjennom mnskrl. § 2. Samtidig har vi også egen nasjonal lovgivning på de fleste områdene dekket av konvensjonsbestemmelsene, men fastlegers adgang til å reservere seg mot aborthenvisning finnes det derimot ingen lovregel om.¹¹⁷ EMKs bestemmelser skal videre etter art. 1 gjelde for «enhver» – de gjelder altså for alle uten begrensninger.¹¹⁸

Etter SP art. 2 nr. 1 skal medlemsstatene både «respektere» og «sikre» menneskerettighetene. I dette ligger at staten både skal respektere konvensjonsbestemmelsene, men også at den har en plikt til å sikre dem gjennom spesifikke aktiviteter.¹¹⁹ Staten velger selv fremgangsmåte, og Menneskerettskomitéen anerkjenner at å kun stole på rettslig regulering ikke er nok i forhold til å sikre gjennomføring.¹²⁰

Diskrimineringsvernet handler heller ikke bare om forbudene, men også om statenes positive forpliktelser etter konvensjonene i form av aktive plikter som skal forebygge og forhindre diskriminering.¹²¹ Norges juridiske forpliktelser etter KDK oppstilles i hovedsak i art. 2. Kvinnediskrimineringskomitéen utdyper at forpliktelsenes hovedinnhold går på at statene skal respektere, beskytte og oppfylle/gjennomføre kvinners rett til likestilling og ikke-diskriminering, både de jure og de facto.¹²² I dette ligger at staten må ta aktive skritt i bekjempelsen av direkte og indirekte diskriminering av kvinner slik at likestilling kan oppnås ikke bare formelt i lovverket, men også i realiteten. Å vedta en likestillingslov er altså ikke nok; staten må også sørge for å føre en politikk imot diskriminering av kvinner, eller en politikk som leder an en holdningsendring dersom diskriminering er blitt «en del av kulturen».¹²³ Brudd på denne aktivitetsplikten kan i seg selv innebære diskriminering.¹²⁴

¹¹⁶ Høstmølingen (2007) s. 61

¹¹⁷ I den grad det finnes eller bør finnes en slik adgang

¹¹⁸ Høstmølingen (2007) s. 61

¹¹⁹ CCPR GC no. 3 punkt 1

¹²⁰ CCPR GC no. 3 punkt 1

¹²¹ Strand (2012) s. 135

¹²² CEDAW GR no. 28 punkt 9

¹²³ CEDAW GR no. 28 punkt 9

¹²⁴ CEDAW GR no. 28 punkt 10

Statens virkemidler i forhold til å eliminere kjønnsdiskriminering av kvinner innen helsevesenets tilbud vil heller ikke være i tråd med de positive forpliktelsene dersom de ikke forebygger, oppdager og behandler helsetilstander som er spesifikke for kvinner.¹²⁵ Plikten til å sikre kvinners rett til helse etter KDK art. 12 gjennom informasjon, kunnskap og adgang til helsevesenet innebærer også en forpliktelse til å respektere, beskytte og oppfylle bestemmelsens innhold.¹²⁶

4 Fire ulike norske scenarier

I forhold til reservasjonsrettdebatten er det etter dette synliggjort at menneskerettighetene kan brukes som argument for både fastlegene og kvinnene – både *for* en reservasjonsadgang og *mot* en reservasjonsadgang. Begge sider har legitime formål som bør ivaretas. Spørsmålet blir da hvilken gruppes rettigheter som skal prioriteres i et slikt tilfelle der fundamentale rettigheter og interesser strider mot hverandre. Så langt har utviklingen i Norge vært igjennom fire ulike scenarier som jeg videre her ønsker å analysere opp mot partenes rettigheter etter konvensjonene.

4.1 Tiden før 2011

4.1.1 Den faktiske situasjon

Før Helse- og omsorgsdepartementet sendte ut rundskrivet i oktober 2011, var spørsmålet rundt legers og fastlegers mulighet for reservasjoner et uavklart tema. Helsepersonell hadde som tidligere nevnt hatt en lovmessig rett til å få fritak fra å utføre eller assistere ved abortinngrep siden abortloven kom i 1975.¹²⁷ Forarbeidene til abortloven presiserer at denne muligheten for fritak var et utslag av at departementet ikke ønsket å tvinge helsepersonell til å utføre inngrep som stred imot deres alvorlige personlige overbevisning.¹²⁸ Ut ifra lovens ordlyd gjelder dette derimot kun for selve inngrepet, ikke for tiden før eller etter. Forarbeidene understreker også dette ved å presisere at det ikke er mulig å få fritak fra den øvrige behandlingen, og nevner herunder bl.a. pasientmottak, journalskriving, for- og etterbehandling, stell og pleie.¹²⁹

¹²⁵ CEDAW GR no. 24 punkt 11

¹²⁶ CEDAW GR no. 24 punkt 13

¹²⁷ Abl. § 14 andre punktum

¹²⁸ Ot.prp.nr.38 (1974-1975) s. 29-30

¹²⁹ Ot.prp.nr.38 (1974-1975) s. 30

Selv om det ikke fantes noen *rettslig* mulighet for fritak fra aborthenvisning viser undersøkelser at enkelte fastleger likevel benyttet seg av en fritaksmulighet, og at det i hovedsak ble benyttet tre ulike fremgangsmåter:¹³⁰

- Noen fastleger valgte en «offisiell» fremgangsmåte ved å informere kommunen de var ansatt i. Deres reservasjon ble dermed åpent synlig for alle, og pasientene kunne slik få beskjed om forholdet før de oppsøkte legekontolet eller den aktuelle fastlegen.
- Andre valgte å informere legekontolet der de jobbet, slik at legesekretæren kunne henvise pasienten videre til en kollega, som den aktuelle fastlegen på forhånd hadde inngått avtale med, og som ikke hadde problemer med å henvise til svangerskapsavbrudd.
- Dersom fastlegen ikke hadde gått offentlig ut med sin reservasjon og forholdet derfor var ukjent for pasienten, eller dersom pasienten ikke oppga sitt ærend til legesekretæren ved timebestilling slik at hun kunne sendes til en kollega, ville derimot fastlegen være nødt til å ta imot den abortsøkende kvinnen. Noen valgte da å informere pasienten om at hun ikke kunne henvise til abort *med en gang* fastlegen forstod at det var abort som var pasientens ærend, mens andre ville foreta full konsultasjon og *deretter* informere om at han/hun ikke kunne henvise videre.

Det kan diskuteres hvilken av disse fremgangsmåtene som var mest i tråd med statens internasjonale forpliktelser.¹³¹ Det alle fremgangsmåtene imidlertid hadde til felles var at ingen var regulert, og at det dermed heller ikke fantes noen fasitsvar på hverken tilgangen på eller praktiseringen av reservasjonene. En slik usikkerhet kan sies å ha ført til et rettslig «vakuum» der «ingen vet» hva som er lovlig og hva som er forbudt – noe som igjen kan føre til at eventuelle sanksjoner og irettesettelser kan bli problematiske.

For fastlegene innebar dette vakuumet at de i prinsippet kunne velge både *om* de ville reservere seg mot aborthenvisning, og i så tilfelle *hvordan* de ønsket å praktisere dette. For kvinnen del innebar dette en uforutberegnelighet – bortsett fra hos de fastlegene som evt. gjorde sin reservasjon offentlig i kommunen eller på legekontolet, kunne de ikke vite om fastlegen de kom til faktisk ville hjelpe dem med en henvisning til svangerskapsavbrudd.

¹³⁰ Nordberg (2014) – brukes som informasjonskilde

¹³¹ Masteroppgave fra UiB skrevet om dette

4.1.2 Forholdet til menneskerettighetene

Ettersom det ikke fantes noen regler eller retningslinjer, fantes det i prinsippet heller ingen skranker for fastlegenes reservasjonsmulighet. Dette vil igjen si at de fritt kunne gi uttrykk for sin religion i arbeidssituasjonen kun begrenset av de ytre rammene for religionsfriheten satt opp igjennom bl.a. EMDs praksis og av Menneskerettskomitéens uttalelser (og praksis).¹³²

EMD fremholdt i Kokkinakis-saken at grensen for hva som er beskyttet av EMK art. 9 går ved *upassende forsøk* på å få andre til å endre sin overbevisning, f.eks. gjennom å lokke med goder, tvinge, true, være voldelig, forsøke på hjernevasking, e.l.¹³³ Samtidig kom domstolen til at Kokkinakis' forsøk på å overtale naboen var innenfor rammene av religionsmanifesteringen.¹³⁴ I forhold til konsultasjonen mellom fastlege og abortsøkende kvinne kan dette dermed tyde på at fastlegen hadde «lov» til ikke bare å uttrykke sitt syn på svangerskapsavbrudd, men også å forsøke å snakke kvinnen ut av ønsket om abort før 2011.

Retten til å manifestere sin religion eller overbevisning etter SP art. 18 anses for å være den «aktive» delen av rettigheten, men den er ikke absolutt ettersom slik utøvelse kan komme i konfliktforhold med andre rettigheter.¹³⁵ I følge Menneskerettskomitéen regnes tilbedelse, observasjon, praksis og undervisning som manifestering; herunder bl.a. gjennomføringen av seremonier og ritualer, vise religiøse symboler, inneha helligdager, restriksjoner i kosthold, osv.¹³⁶ Derimot sier ikke komitéen noe i den generelle kommentaren om hvor yttergrensene for manifesteringsretten går.¹³⁷ Jeg legger derfor EMDs praksis på dette området til grunn videre.

Alle pasienter i Norge har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten; regelverket skiller (naturlig nok) ikke mellom menn og kvinners adgang.¹³⁸ Abort er en av helsetjenestene under spesialisthelsetjenesten staten plikter å ha tilgjengelig for kvinner til enhver tid.¹³⁹ Selv om de biologiske ulikhetene mellom kjønnene utelukker abortinngrep for menn, ville likevel kvinners adgang til spesialisthelsetjenesten før 2011 blitt innskrenket i forhold til

¹³² Jeg forutsetter at fastlegenes øvrige arbeidsrettslige forpliktelser ble overholdt

¹³³ Kokkinakis v. Greece punkt 48: Forhold som i mange tilfeller kan være straffbare

¹³⁴ Kokkinakis v. Greece punkt 31

¹³⁵ Joseph (2013) s. 567 punkt 17.15

¹³⁶ CCPR GC no. 22 punkt 4

¹³⁷ Jeg har heller ikke funnet saker behandlet av Menneskerettskomitéen som sier noe om dette. Sakene har omhandlet bl.a. religionsmanifestering igjennom bruk av religiøse klær, ha skjegg i tråd med sin religion under fengselsstraff, opprettelse av religiøse skoler og institusjoner, militærnektelse, o.l.

¹³⁸ Spesialisthelsetjenesteloven § 2-1

¹³⁹ Abl. § 14 første punktum

menns, dersom kvinnens fastlege benyttet seg av en reservasjon mot aborthenvisning.¹⁴⁰ I så tilfelle ville kvinnene blitt stilt i en dårligere stilling, noe som igjen ville innebære en forskjellsbehandling. Ettersom menns adgang til helsetjenestene ikke ville blitt påvirket ville grunnlaget for denne forskjellsbehandlingen dermed vært kjønn. Spørsmålet blir da om dette kunne begrunnes saklig?

Selv om det ikke fantes noen lover eller retningslinjer for reservasjonsutøvelsen, plikter staten etter KDK art. 2 punkt d også å avstå fra all «praksis» som diskriminerer kvinner. Denne plikten gjelder også for enhver offentlig institusjon, som f.eks. helsevesenet.¹⁴¹ Dette vil si at selv om Norge formelt likestiller kvinner og menn i spesialisthelsetjenestelovgivningen, og herunder gir kvinner en rett til abort, er ikke dette nok dersom kvinner *i realiteten* ikke vernes mot diskriminering i tilgangen på helsetjenestene.¹⁴² Til bestemmelsen ligger en plikt for nasjonen til å respektere kvinners vern mot diskriminering av staten og offentlige myndigheter – en resultatplikt der det foreligger brudd på art. 2 punkt d, dersom staten mislykkes i å oppnå dette målet.¹⁴³ Dette er også i tråd med statens positive forpliktelse til å sikre kjønnsdiskrimineringsvernet både de jure og de facto.¹⁴⁴

Som profesjonell medisinsk veileder bør det kunne antas at fastlegens synspunkter og valg av håndtering av abortønsket kan spille inn på avgjørelsen. Et valg om å avslutte et svangerskap er ingen enkel avgjørelse for noen kvinne, og i en slik sårbar situasjon kan man kanskje bli mer påvirkelig enn ellers. Hvordan vil da et forsøk på overtalelse til å beholde barnet påvirke en abortsøkende kvinne? Hva med en nektelse av å utskrive en henvisning? Dette blir subjektive spørsmål som ikke kan besvares generelt, men jeg forutsetter at disse momentene *kan* ha en innvirkning på kvinnens valg.

Retten til abort i Norge kan sies å bygge på retten til selvbestemmelse etter ØSK og SP art. 1, da det er kvinnen selv som etter ordlyden i abl. § 2 andre ledd foretar det endelige valget om svangerskapsavbrudd. Selvbestemmelsesretten skal sørge for at enhver fritt bl.a. kan velge sin økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling.¹⁴⁵ Rasediskrimineringskomitéen har presisert at dette skal skje uten innblanding utenfra.¹⁴⁶ Av naturlige årsaker bør det kunne legges til grunn at en graviditet kan ha stor innvirkning på alle disse faktorene i en kvinnes liv, og at et valg

¹⁴⁰ Jeg legger dette til grunn både i forhold til fastlegens veiledning «mot» svangerskapsavbrudd, og i forhold til byrden kvinnen evt. ville pålegges dersom hun måtte bytte fastlege

¹⁴¹ Freeman (2012) s. 86

¹⁴² CEDAW GR no. 28 punkt 16: skillet mellom de jure og de facto likestilling

¹⁴³ Freeman (2012) s. 85-86

¹⁴⁴ CEDAW GR no. 28 punkt 9

¹⁴⁵ CCPR GC no. 12 punkt 2

¹⁴⁶ CERD GR no. 21 punkt 4

om abort vil være et utslag av et ønske om en annen utvikling. EMD har også lagt til grunn at valget mellom å fullføre eller avbryte et svangerskap faller innenfor sfæren av privatliv og den personlige autonomi.¹⁴⁷

Kvinneres særstilling i forhold til reproduktivitet understrekes også av et særlig vern mot kjønnsdiskriminering på helseområdet i KDK art. 12. Staten plikter etter denne bestemmelsen å eliminere all diskriminering bl.a. i forbindelse med tilgangen på helsetjenester innen reproduktivitet.¹⁴⁸ ØSK-komiteén presiserer også at alle barrierer innen kvinners reproduktive helse må fjernes for å sikre kvinners fulle rett til helse etter ØSK art. 12.¹⁴⁹ Som nevnt i kap. 3.3.2 gjelder denne bestemmelsen også sosioøkonomiske faktorer som fremmer en sunn livsstil.¹⁵⁰

Selv om religionsfriheten isolert sett er et saklig mothensyn, taler etter mitt syn retten til selvbestemmelse, helse og kjønnsdiskrimineringsvern imot at praksisen kan begrunnes saklig. Dette blir særlig gjeldende i forhold til at Norge er internasjonalt forpliktet til å hindre diskriminerende praksis av offentlige organer etter KDK art. 2 punkt d, og at staten har en aktivitetsplikt til å forhindre diskriminering – en plikt som ved forsømmelse i seg selv kan innebære diskriminering.¹⁵¹ Hensynet til forutsigbarhet spiller også inn, særlig i forhold til at rekkevidden av hva en fastlege kan si til en abortsøkende kvinne i en sårbar situasjon, her blir for vid.

4.1.3 Hvem ble prioritert før avklaringen kom i 2011?

I denne perioden kan det fremstå som noe uklart hvilken part som i realiteten ble prioritert. Sett under ett ble hverken fastlegenes eller kvinnenens interesser ivaretatt i mangel av rettslig avklaring: for fastlegene ville nok arbeidsgiverens syn i forhold til samvittighetsgrunnet fritak fra aborthenvisning blitt styrende, mens for kvinnene var situasjonen preget av uforutberegnelighet i det at de ikke kunne vite om de ville få en aborthenvisning av fastlegen eller ikke.¹⁵²

Samtidig må fastlegenes arbeidsrettslige utgangspunkt til slutt påpekes: en ansatt vil alltid ha muligheten til å si opp sin stilling eller skifte jobb.

¹⁴⁷ R.R. v. Poland punkt 181: saken gjaldt en kvinne som måtte vente i seks uker på svar etter ultralyd som slo fast at hennes foster var , og dermed mistet muligheten til å be om lovlig abort, Uttalelsen ble gitt i forbindelse med EMDs avgjørelse av om EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv var anvendbar i sammenheng med

¹⁴⁸ CEDAW GR no. 24 punkt 2

¹⁴⁹ CESCR GC no. 14 punkt 21

¹⁵⁰ CESCR GC no. 14 punkt 4

¹⁵¹ CEDAW GR no. 28 punkt 10

¹⁵² Med mindre fastlegen benyttet seg av den «offentlige» fremgangsmåten

4.2 Perioden oktober 2011 – januar 2014

4.2.1 Den faktiske situasjonen

I oktober 2011 så Helse- og omsorgsdepartementet seg nødt til å sende ut et rundskriv for å avklare rettstilstanden i forhold til reservasjonsadgangen for leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten.¹⁵³ Som nevnt innledningsvis skilte departementet her mellom en *rett* og en *mulighet* for reservasjon, ved først å presisere at det ikke fantes noe lov- eller forskriftsfestet rettslig grunnlag, men at det likevel kunne åpnes for en reservasjonsmulighet for kommunalt ansatte leger uten fastlegeavtale etter fastlegeforskriften § 2.¹⁵⁴ Derimot ble det slått fast at en reservasjonsmulighet for fastleger ville stride imot deres listeansvar etter fastlegeforskriften § 7,¹⁵⁵ ettersom det ifølge merknadene til denne var pasientens behov for henvisning som var styrende for fastlegens praksis.¹⁵⁶ Departementet fremholdt videre at den eneste muligheten for fastlegen til ikke å måtte henwise til svangerskapsavbrudd var dersom pasienten selv ikke ønsket det.¹⁵⁷

Denne avskjæringen medførte at fastleger ikke lenger hadde mulighet til å praktisere en reservasjon, og det må antas at de som tidligere utnyttet den uavklarte rettstilstanden nå ble nødt til å henwise pasienter til selvbestemt abort til tross for sin personlige overbevisning. For kvinnes del medførte dette en forutberegnelighet i det at *alle* fastleger nå var pliktet til å henwise.

4.2.2 Forholdet til menneskerettighetene

Den nasjonale lovgivningen gir alle kvinner i Norge, som tidligere nevnt, en *rett* til å velge abort etter abl. § 2 andre ledd. En nektelse av reservasjonsmuligheter for fastlegene garanterer dermed kvinner en uavkortet tilgang på denne retten¹⁵⁸ – som igjen gir kvinner full selvbestemmelsesrett over egen kropp, liv og helse etter ØSK og SP art. 1, fjerner evt. barrierer i forhold til heletjenesteadgangen etter ØSK art. 12, og garanterer at kvinner dermed ikke indirekte diskrimineres på grunnlag av kjønn etter KDK art. 12. Jeg forutsetter etter dette at reservasjonsnektelsen var i tråd med kvinners rettigheter etter både den nasjonale og den internasjonale lovgivningen.

¹⁵³ Rundskriv I-4/2011

¹⁵⁴ Rundskriv I-4/2011 s. 1-2

¹⁵⁵ Fastlegeforskriften endret 01.07.2013 – listeansvaret fremgår nå av § 10

¹⁵⁶ Rundskriv I-4/2011 s. 1-2

¹⁵⁷ Rundskriv I-4/2011 s. 2

¹⁵⁸ Kun med unntak av reservasjonsretten i abl. § 14 andre punktum

Ettersom rundskrivet konstaterte en avskjæring av muligheten til fritak fra aborthenvisning, innebar dette at de fastlegene som tidligere hadde benyttet seg av, eller som hadde ønsket, en reservasjonsmulighet nå ble tvunget til å praktisere på tvers av egen overbevisning. Forutsatt at en ytre manifestering av deres religionsfrihet ville innebåret en samvittighetsgrunnet mulighet til reservasjon, legger jeg til grunn at denne avskjæringen *innebar en innskrenkning* i deres religionsfrihet etter EMK art. 9 og SP art. 18.

Både religionsfriheten og vernet mot kjønnsdiskriminering er fundamentale menneskerettigheter som ved en avveining begge anses for å være tungtveiende. Når det gjelder å balansere slike konkurrerende rettigheter mot hverandre er medlemsstatene av EMD gitt en vid skjønnsmargin, da domstolen anser staten selv som bedre rustet til å avgjøre hva som er den beste løsningen for den aktuelle nasjonen.¹⁵⁹ Det samme gjelder i forhold til avgjørelsen av om en innskrenkning er nødvendig i et demokratisk samfunn etter EMK art. 9 nr. 2.¹⁶⁰ Samtidig er denne skjønnsmarginen gjenstand for overvåkning i forhold til sakligheten og proporsjonaliteten av statens valgte fremgangsmåte for avveiningen av rettighetene.¹⁶¹ Spørsmålet videre blir da om begrensningen i fastlegenes religionsfrihet var saklig og nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til beskyttelsen av kvinners rettigheter på helseområdet, jf. unntaksbestemmelsen i art. 9 nr. 2?

Adgangen til å gjøre begrensninger i SP art. 18 er etter ordlyden ikke identisk med adgangen etter EMKs bestemmelse. SP art. 18 nr. 3 nevner ikke det demokratiske samfunn, men krever at unntaket er «...nødvendig for å beskytte [...] helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter».¹⁶² Denne bestemmelsen legger imidlertid også opp til at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering, i tillegg til at statene særlig skal ta hensyn til vernet av de andre rettighetene beskyttet av konvensjonen.¹⁶³ Jeg skiller derfor videre ikke mellom bestemmelsene, men vurderer dem samlet.

EMD har ikke tatt standpunkt til om det finnes en generell rett til abort, eller om en abortnektelse i seg selv innebærer et brudd på menneskerettighetene.¹⁶⁴ Dette fordi svangerskapsavbrudd er et kontroversielt tema i mange land, og abortpolitikken mange steder derfor ikke er like preget av åpenhet og selvfølgelighet som i Norge. Her i landet har lovgiver valgt en restriksjonsfri, og dermed svært liberal, fremgangsmåte ved at abl. § 2 andre ledd gir enhver

¹⁵⁹ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 99 og 106

¹⁶⁰ Kokkinakis v. Greece punkt 47

¹⁶¹ Kokkinakis v. Greece punkt 47

¹⁶² Se kap. 3.2.1

¹⁶³ CCPR GC no. 22 punkt 8. SP art. 2, 3 og 26 verner mot diskriminering på grunnlag av bl.a. kjønn

¹⁶⁴ Reid (2011) s. 269, punkt II-206

kvinne *rett* til abort etter eget ønske inntil svangerskapsuke 12. Selv i Europa i dag er abort ulovlig i enkelte land, og adgangen til inngrepet svært begrenset i andre land.¹⁶⁵ Grunnet denne mangelen på europeisk konsensus har EMD latt løsningen på abortreguleringen bero på statens skjønnsmargin, men understreker likevel at når løsning er valgt må det nasjonale lovverket ivareta de ulike interessene etter EMK.¹⁶⁶

Norges lovgiver har valgt å gi kvinner en lovmessig rettighet til å kunne velge selvbestemt abort. Således er kvinnes interesser ivaretatt gjennom lovverket. Etter at rundskrivet i 2011 nektet fastlegene (videre bruk av) reservasjonsmuligheter mot aborthenvisning, kan det sies at fastlegenes interesser dermed ikke ble ivaretatt. EMD anerkjenner imidlertid at retten til å manifestere religionsfriheten utad kan ha innvirkning på andre, og at den derfor i visse tilfeller må kunne begrenses i tråd med vilkårene i EMK art. 9 nr. 2.¹⁶⁷

I Ladele-saken måtte domstolen foreta en avveining mellom religionsfriheten og retten til ikke å bli diskriminert på grunnlag av seksuell orientering i en arbeidssituasjon.¹⁶⁸ Denne saken er særlig interessant i forhold til fastlegenes situasjon etter rundskrivet fra 2011 ettersom Ladele også var offentlig ansatt, hun praktiserte til å begynne med en «stille reservasjon» ved å inngå uformelle avtaler med kolleger, men ble til slutt pålagt å enten begynne og registrere sivile partnerskap til tross for sin religiøse overbevisning, eller signere en stillingsendring.¹⁶⁹ EMD kom her frem til at arbeidsgiverens pålegg var saklig, og at Ladeles rett til å manifestere sin religion på arbeidsplassen måtte vike da pålegget var proporsjonalt i forhold til arbeidsplassens anti-diskrimineringspolicy, og i forhold til den nasjonale lovgivning.¹⁷⁰ EMD presiserte at staten har vid skjønnsmargin i forhold til en slik avveining, og at hverken den offentlige arbeidsgiveren eller UKs myndigheter hadde gått utenfor grensene til denne skjønnsmarginen. Dette til tross for at arbeidsoppgaven kom inn i stillingen flere år etter at Ladele hadde startet i stillingen, og til tross for at begrensningen ville ha seriøse konsekvenser for henne.

¹⁶⁵ Malta er det eneste landet i Europa som fortsatt opprettholder et totalforbud mot abort i Constitution of Malta First Schedule Criminal Code (Chapter 9) punkt 241, mens f.eks. Irland igjennom Protection of Life During Pregnancy Act 2013 punkt 5 opphevet sitt tidligere totalforbud i Offences Against the Person Act 1861 punkt 58 og 59, og åpnet for en begrenset abortadgang i konkrete tilfeller: dersom det er fare for morens liv grunnet fysisk sykdom (punkt 7), fare for morens liv grunnet fysisk sykdom i en nødsituasjon (punkt 8) eller dersom det er fare for at moren tar selvmord (punkt 9). Utenom disse tilfellene opprettholder Irland sin strenge abortpolitikk ved å straffe den som med vilje ødelegger et ufødt liv med bot og fengsel i inntil 14 år, jf. Protection of Life During Pregnancy Act 2013 punkt 22

¹⁶⁶ R.R. v Poland punkt 187

¹⁶⁷ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 80

¹⁶⁸ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 23-30 og 102-106, som presentert i kap. 3.4.1.2

¹⁶⁹ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 24-26

¹⁷⁰ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 105-106

Helse- og omsorgsdepartementet fremholdt at avskjæringen av reservasjonsmuligheten for fastleger var begrunnet av hensynet til pasientens behov.¹⁷¹ Formålet med fastlegeordningen er nettopp å sikre alle tilgang på nødvendige allmennlegetjenester,¹⁷² og etter KDK art. 12 er staten forpliktet til å gjøre dette uten kjønnsdiskriminering og på bakgrunn av likestilling mellom menn og kvinner. Jeg anser derfor at formålet ved begrensningen var saklig begrunnet.

I fastlegenes tilfelle er det i likhet med Ladele-saken snakk om offentlig ansatte, men i motsetning til i EMD-saken må det kunne legges til grunn at fastlegene på forhånd visste hva de gikk til da de valgte å inngå fastlegeavtale med kommunen. Abortloven har snart eksistert i 40 år, og svangerskapsavbrudd har dermed vært en del av den medisinske praksis i Norge like lenge.¹⁷³ Som offentlig ansatt bør man også kunne regne med endringer i arbeidsoppgaver og -plikter i takt med samfunnsendringer og politiske skift. Selv om det ikke skal være et avgjørende moment, må også fastlegenes mulighet til å si opp fastlegeavtalen etter fastlegeforskriften § 32, med en frist på 6 måneder bli en faktor i vurderingen.¹⁷⁴

Samtidig ville denne begrensningen i religionsfriheten på arbeidsplassen kunne innebære store konsekvenser for den enkelte fastlege. For de som hadde ønsket en reservasjonsmulighet ville det utvilsomt nå kunne oppstå ubehagelige situasjoner der han/hun ble tvunget til å «tilsidesette» sin tro. Selv om lovgiver tidligere ikke hadde åpnet for aborthenvisningsreservasjoner hadde det heller ikke vært forbudt, og mange fastleger hadde nok allerede funnet en fremgangsmåte som fungerte slik at pasienthensynet likevel ble ivaretatt.

Til tross for dette inngår det i statens positive forpliktelser å respektere, beskytte og gjennomføre kvinners rettigheter etter KDK.¹⁷⁵ Ettersom Norge i tillegg er gitt en vid skjønnsmargin innen abortspørsmålet og har praktisert en liberal abortpolitikk i nesten 40 år, anser jeg likevel derfor begrensningen som proporsjonal i forhold til formålet.

Dette er også i tråd med unntaksadgangen etter SP art. 18 nr. 3, da Menneskerettskomitéen har uttalt at de særlige hensynene til likestilling og ikke-diskriminering (etter SP art. 2, 3 og 26) er innenfor omfanget av tillatelige begrensninger i religionsfriheten.¹⁷⁶

¹⁷¹ Rundskriv I-4/2011 s. 3

¹⁷² Fastlegeforskriften § 1

¹⁷³ Fastlegeordningen har derimot kun eksistert siden 2001, men jeg går ikke nærmere inn på dette

¹⁷⁴ Eweida and Others v. United Kingdom punkt 83

¹⁷⁵ CEDAW GR no. 28 punkt 9

¹⁷⁶ CCPR GC no. 22 punkt 8

4.2.3 Hvem ble prioritert?

I perioden fra rundskrivet i oktober 2011 til høringsforslaget i januar 2014, bør det kunne antas at praktiseringen av reservasjonsmuligheten opphørte. Rettstilstanden var da avklart, og en eventuell praktisering av fritak mot aborthenvisning for fastleger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten ville da være i strid med departementets rundskriv.

Som vist ovenfor er jeg kommet frem til at en nektelse av reservasjonsmuligheter for fastleger innebar en begrensning i deres rett til å manifestere sin religionsfrihet i arbeidssituasjonen, samtidig som nektelsen innebar en garantert full tilgang på abort for kvinner. Det kan etter dette sies at kvinnes interesser ble prioritert i tiden fra rundskrivet av 2011 og frem til høringsnotatet av januar 2014.

4.3 Høringsnotatet av 2014

4.3.1 Den faktiske situasjonen

Dersom høringsnotatet hadde gått igjennom ville vi stått ovenfor en lovendring som hadde åpnet for en rettslig mulighet for fastleger til å reservere seg mot henvisning til selvbestemt abort. Reservasjoner av samvittighetsgrunner ville dermed ikke kun vært en *mulighet*, men en *rett* for de fastlegene som hadde ønsket det.¹⁷⁷ Samtidig ble det fremholdt i den politiske plattformen at abortloven skulle bestå slik den var.¹⁷⁸

En åpning for lovbestemt reservasjonsrett mot henvisning til svangerskapsavbrudd ville ivareta de aktuelle fastlegenes ønske om ikke å bli tvunget til å praktisere på tvers av egen overbevisning – de ville da hatt en rett til å få fritak fra disse arbeidsforpliktelsene. For mange kvinner ville dette ikke utgjort noen forskjell i forhold til hverken avgjørelsen, adgangen til veiledning, henvisning eller abortinngrepet i seg selv, da mange kvinner bor i områder der det finnes både flere fastleger og legekontor å velge mellom. For mange ville nok også et fastlegebytte vært uproblematisk.

Samtidig finnes det kvinner som har et nært forhold til sin fastlege, som kanskje kvier seg for konsultasjoner med fremmed medisinsk personell, eller som ser på et fastlegebytte som problematisk av andre grunner. I enkelte geografiske områder kan det også både være få fastleger og ikke minst lang avstand mellom legekantorene. I bl.a. slike tilfeller kan en reservasjonsrett

¹⁷⁷ Jf. skillet Helse- og omsorgsdepartementet stillet opp i rundskrivet frå 2011

¹⁷⁸ Se kap. 1.4

mot aborthenvisning sette de abortsøkende kvinnene i en vanskelig situasjon. Ville dette vært i tråd med pliktene staten har påtatt seg innen både nasjonal og internasjonal rett?

4.3.2 Forholdet til menneskerettighetene

Jeg forutsetter i den videre drøftelsen at en reservasjonsrett for fastleger ville vært i tråd med retten til å manifestere sin religion etter EMK art 9 og SP art. 18, ettersom en slik rett hadde ivaretatt hensynet til ikke å bli tvunget til å praktisere på tvers av sin tro eller overbevisning, og ettersom jeg ovenfor kom til at en nektelse av reservasjonsmuligheter kunne innebære en begrensning i religionsfriheten.

Det vil først være hensiktsmessig å presisere at gjennomføringen av reservasjonsretten ville hatt stor betydning – dersom lovgiver hadde valgt samme fremgangsmåte som i dag ligger til grunn for fritak fra selve abortinngrepet etter abl. § 14 andre punktum, ville hensynet til forutberegnelighet blitt ivaretatt. Som tidligere nevnt kreves det der at helsepersonell gir beskjed i tide slik at praktiske problemer unngås, at han/hun tar et klart standpunkt og at helsepersonell må si ifra om evt. reservasjoner ved en ansettelse.¹⁷⁹

Det er i utgangspunktet ingenting som stopper lovgiver fra å foreta slike lovendringer og sette en slik begrensning – dette er innenfor myndigheten til den lovgivende makt i Norge. Hverken EMD eller noen av de andre konvensjonsorganene pålegger heller staten å tilby kvinner en uforbeholden tilgang til abort. Problemet er imidlertid, som tidligere nevnt, at en slik reservasjonsrett og en slik begrensning i helsevesenet *kun* ville forskjellsbehandlet kvinner.

Det må forutsettes at tiltaket ville vært nøytralt utformet uten noen diskrimineringshensikt. Likevel kunne det medført indirekte kjønnsdiskriminering etter KDK, dersom effekten eller virkningen av reservasjonsrettpraksisen ville slått ut skjevt i forhold til kvinners stilling.¹⁸⁰ Ettersom jeg i kap. 4.1.2 kom til at en reservasjon for fastleger ville innebære en innskrenkning i kvinners adgang til abort, og at det således var snakk om forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, legger jeg dette til grunn også her. For at en slik forskjellsbehandling skal kunne godtas blir vurderingstema om begrensningen er saklig begrunnet og proporsjonal i forhold til formålet som søkes oppnådd?¹⁸¹

Formålet som søkes nådd i dette tilfellet er å verne fastlegers rett til religionsfrihet i arbeidssituasjonen, herunder at de skal slippe å måtte praktisere medisinsk behandling i konflikt med

¹⁷⁹ Ot.prp.nr.38 (1974-1975) s. 30. Jeg går ikke nærmere inn på dette her

¹⁸⁰ CEDAW GR no. 28 punkt 16, se kap. 3.3.1.1

¹⁸¹ Strand (2012) s. 133

sin personlige overbevisning. Jeg anser dette for et saklig formål, da religionsfriheten er en fundamental menneskerettighet i et demokratisk samfunn. Er det dermed proporsjonalt å begrense kvinners diskrimineringsvern av hensyn til dette formålet?

Det finnes hensyn som ikke er tungtveiende nok til å kunne begrense en innskrenkning i religionsfriheten på arbeidsplassen; en bedrifts ønske om å fremvise et visst selskapsimage er et slikt eksempel.¹⁸² Samtidig er hensynene til helse og sikkerhet på arbeidsplassen, og hensynet til vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering eksempler som kan begrunne innskrenkning i religionsfriheten.¹⁸³

EMD har understreket at ettersom likestilling mellom kjønnene er et overordnet mål i de fleste medlemsstatene, kreves det svært vektige grunner for at forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønn skal være i tråd med EMK.¹⁸⁴ Samtidig kan det også i enkelte tilfeller foreligge omstendigheter som tilsier at forskjellsbehandlingen bør rettfærdiggjøres. EMD har fremholdt at f.eks. timingen i forhold til forandringer og skift i samfunnsholdningene innen staten kan medføre spillerom.¹⁸⁵ Dette er et interessant moment i forhold til både fastlegenes og kvinnes stilling etter høringsnotatet. Ville fastlegenes lovmessige mulighet til reservasjon fra aborthenvisning vært et utslag av dagens samfunnsutvikling, eller ville denne retten innebære et skift i seg selv?

Det vil kanskje være naturlig å anta at EMD har ment at det er samfunnet i seg selv som skal stå for holdningsskiftet, slik at det blir en «naturlig overgang» og en dynamisk utvikling, fremfor at politikk skal stå for skiftet. Selvutvikling og frihet er viktige faktorer i dagens samfunn, noe som kanskje kan trekke mot at neste steg i utviklingen ville vært å la fastlegers personlige overbevisning avgjøre etisk vanskelige problemstillinger innen deres medisinske praksis. Samtidig er det liten tvil om at likestilling mellom kjønnene også står sterkere i dag enn noen gang, og spørsmålet blir om en reservasjonsrett ville vært i tråd med likestillingsutviklingen videre eller om det ville vært et «steg i feil retning» – altså om det i forhold til EMDs syn på holdningsskift i samfunnet ville vært et politisk skapt skifte, ikke et skifte skapt av samfunnet selv.¹⁸⁶

¹⁸² Eweidas sak i Eweida and Others v. United Kingdom

¹⁸³ Singh Bhinder v. Canada (Menneskerettskomitéen), Chaplins sak i Eweida and Others v. United Kingdom, og Ladeles sak i Eweida and Others v. United Kingdom

¹⁸⁴ Reid (2011) s. 372, punkt II-313

¹⁸⁵ Reid (2011) s. 369, punkt II-311, jf. Petrovic v. Austria punkt 41

¹⁸⁶ Jeg går ikke nærmere inn på denne drøftelsen her

Som nevnt i kap. 4.2.2 har statene en vid skjønnsmargin i balanseringen av tungtveiende fundamentale rettigheter. Samtidig er statene etter EMK art. 46 bundet av EMDs avgjørelser, og disse utgjør dermed tungtveiende rettskilder. I Ladele-saken konkluderte domstolen med at religionsfriheten måtte vike til fordel for vernet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering. Som tidligere nevnt er denne saken sammenlignbar med fastlegenes stilling i reservasjonsdebatten – ville det da vært forenelig med Norges internasjonale forpliktelser å «gå imot» denne dommen og gi fastleger en reservasjonsrett mot henvisning til abort? Etter mitt syn taler utfallet og EMDs vurdering av denne sakens faktum imot at en reservasjonsrett for fastleger er et proporsjonalt middel i forhold til kvinners diskrimineringsvern.¹⁸⁷

Som behandlet i de foregående scenariene plikter staten å «...treffe alle tiltak som er nødvendige» for å verne kvinner mot diskriminering innen helseområdet, jf. KDK art.12. Etter både denne bestemmelsen og etter ØSK art. 12 skal også alle barrierer som hindrer kvinners utnyttelse av helsetjenester fjernes, og kvinners reproduktive særstilling vernes. Staten plikter også å oppfylle sine positive forpliktelser etter KDK og generelt føre en politikk som jobber mot elimineringen av kvinnekiskriminering på alle områder av livet.¹⁸⁸ Mye kan tale for at en reservasjonsrett for fastlegene ville vært å anse for nettopp en slik barriere – noe som igjen kanskje vil stride mot en anti-diskrimineringspolitikk.

Samtidig ville nok ikke, som nevnt innledningsvis, en reservasjonsrett vært like problematisk for alle kvinner. Noen ville ikke hatt vanskeligheter med å bytte fastlege. Likevel må det kunne legges til grunn at noen ville følt dette som ubehagelig – pasienter som ønsker abort har som regel behov for å bli hørt, veiledet og støttet. Å be om å få utført et slikt inngrep er for de fleste kvinner en tøff avgjørelse. En viktig del av debatten rundt reservasjonsrett mot henvisning til selvbestemt abort dreier seg rundt hvordan det nettopp vil oppleves for kvinnen i en sårbar situasjon å bli «avvist» av legen sin. Dette er det umulig å gi et generelt svar på, men det må kunne legges til grunn at noen vil slite med dette.

En annen viktig side av saken er at på enkelte steder i landet ville en reservasjonsrett i realiteten kunne ført til en avskjæring av retten til selvbestemt abort. På visse små steder der det er få innbyggere, og dermed få fastleger, kan tilbudet innskrenkes drastisk dersom det blir langt til nærmeste «tilgjengelige» lege. Dette vil kanskje være unntaket, i tillegg til at det bør forutsettes at lovgiver ville tatt hensyn til dette i utformingen av regelverket, men det er likevel et moment i debatten som bør nevnes.

¹⁸⁷ Se drøftelsen i kap. 4.2.2

¹⁸⁸ CEDAW GR no. 28 punkt 24 og 25

Samtidig kan det også anføres at en reservasjonsrett er i tråd med den norske helselovgivning- en generelt, da det allerede finnes reservasjonsmuligheter for både helsepersonell og pasien- ter: abl. § 14 andre punktum gir mulighet til fritak fra å utføre eller assistere ved abortinngrep, mens Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 gir pasienten rett til å nekte å motta helsehjelp på grunn av hans eller hennes alvorlige personlige overbevisning. For pasientene vil det kan- skje ikke være snakk om en «reservasjonsrett» i direkte betydning, da den medisinske behand- lingen (forhåpentligvis) er et enkeltstående tilfelle, og det er snakk om nødvendig eller øye- blikkelig helsehjelp. Likevel er det snakk om å sette pasientens personlige overbevisning høy- ere enn hensynene til helse og sikkerhet.¹⁸⁹

Dette momentet kan imidlertid også brukes til fordel for kvinnesaken, ettersom den person- lige autonomi (og selvbestemmelsesretten etter ØSK og SP art. 1) tilsier en rett til å bestemme over egen kropp – når man som pasient har rett til å bestemme om man vil motta blodoverfø- ring, nekte å avslutte en sultestreik, eller motta livsforlengende medisin; bør man ikke da også fritt kunne velge å få utført et abortinngrep?

Etter mitt syn ville det ikke vært proporsjonalt å tilside sette kvinners rettigheter til fordel for en samvittighetsgrunnet fritaksrett fra aborthenvisning for fastleger. Staten er derimot også forpliktet til å respektere og sikre religionsfriheten etter EMK art. 9 og SP art. 18, ikke bare kvinners kjønnsdiskrimineringsvern. Ettersom jeg har kommet til at en avskjæring av en fri- taksmulighet innebar en begrensning i fastlegenes religionsfrihet, vil det også være naturlig å komme til at en reservasjonsrett ville ivarettat religionsfriheten i arbeidssituasjonen.

Det er synbart at det finnes tungtveiende momenter både for og imot en reservasjonsrett, og at løsningen ikke er gitt. Likevel anser jeg hensynet til kvinnen veie tyngst, ettersom kvinner er i en særstilling i forhold til reproduktiv helse, og at dette er biologisk bestemt – kvinnen har ikke valgt dette selv. Fastlegen har derimot gått frivillig inn i en arbeidsavtale.

4.3.3 Hvem hadde blitt prioritert?

Dersom fastleger hadde fått en rettslig mulighet til å kunne reservere seg mot å henvise kvin- ner til abort, ville dette ivarettat den aktuelle legens ønske om å ikke måtte praktisere på tvers av egen tro eller overbevisning. Samtidig ville en slik reservasjonsrett kunne medført en inn- skrenkning i kvinners lovmessige rett til selvbestemt svangerskapsavbrudd.

¹⁸⁹ Samtidig er det viktig å ta i betraktning at dette også kan anses for å være et uttrykk for ytringsfrihet som, viktigst av alt, ikke går utover andre enn pasienten selv. Jeg går ikke nærmere inn på dette

Det kan etter dette sies at fastlegene hadde blitt prioritert dersom lovendringene foreslått i høringsnotatet hadde blitt vedtatt. Samtidig må det understrekes at gjennomføringen av reservasjonsretten ville vært av stor betydning, især for ivaretagelsen av kvinnes interesser.

4.4 Dagens situasjon

4.4.1 Den faktiske situasjonen

7. mai 2014 annonserte helseminister Bent Høie at høringsforslaget var forkastet, og det ble avtalt at fastleger ikke lenger skulle henvise pasienter til spesialisthelsetjenesten for selvbestemt svangerskapsavbrudd i det hele tatt – dermed fantes det heller ikke lenger noe å reservere seg mot.¹⁹⁰ I avtalen mellom regjeringspartiene og Kristelig Folkeparti het det at denne løsningen skulle ivareta kvinnes interesser bedre enn den tidligere ordningen, og at fastlegenes samvittighetsfrihet også ble ansett ivaretatt selv om en reservasjonsmulighet ikke ble innført.¹⁹¹

4.4.2 Forholdet til menneskerettighetene

Tanken med avtalen er at legene nå ikke skal være nødt til å sette sin signatur på et dokument som kan komme i konflikt med deres personlige overbevisninger. I utgangspunktet kan dette høres banalt ut, men undersøkelser viser at dette kan ha stor betydning for de fastlegene som ønsket fritak dersom muligheten bød seg.¹⁹² Som det fremkommer av undersøkelsen kan det å måtte signere en henvisning oppleves som å måtte trå over en personlig grense, uansett hvor kunstig denne grensen i prinsippet kan virke fra utsiden. Selv om forskjellen mellom å informere pasienten om at henvisning ikke kreves og å signere en abort-henvisning for mange kanskje vil være et nyansespørsmål, kan det ha stor og avgjørende betydning for den enkelte. På denne måten fritas legene fra å måtte ha «direkte innvirkning» på et videre hendelsesforløp som strider mot deres samvittighet. For mange fastleger vil dette ivareta retten til å manifestere sin tro i arbeidssituasjonen, jf. EMK art. 9 og SP art. 18.

Hvordan ordningen vil oppleves for den enkelte fastlege vil være individuelt – for noen vil den kanskje fortsatt være problematisk, mens for andre vil det være en god løsning. Ettersom den i prinsippet hverken fritar eller pålegger fastlegene plikter de ikke hadde til å begynne med, kan den kanskje anses som et godt kompromiss.

¹⁹⁰ Pressemelding nr.: 12/2014 fra Helse- og omsorgsdepartementet 7. mai 2014

¹⁹¹ Avtalen mellom Høyre-Fremskrittsparti-regjeringen og Kristelig Folkeparti om en løsning for både å ivareta pasientenes rettigheter og samvittighetsfrihet for fastleger. Heretter brukes forkortelsen «Avtalen»

¹⁹² Nordberg (2014) s. 4

Samtidig har ikke avtalen medført noen endring i forhold til selve konsultasjonen – fastlegene er (fortsatt) forpliktet til å møte, gi informasjon, veiledning og hjelp til enhver pasient, også de som ønsker svangerskapsavbrudd.¹⁹³ For de fastlegene som hadde ønsket å reservere seg og slippe unna abortpasientene i sin helhet, ved å la kolleger overta konsultasjonen, ikke bare selve henvisningsprosessen, innebærer den nye ordningen dermed liten eller ingen realitetsendring. For disse kan ordningen oppleves som en fortsatt begrensning i deres religionsfrihet, ettersom de blir «tvunget» til samtale og veiledning om et tema som strider imot deres tro.

Som nevnt ovenfor skal den nye ordningen ivareta kvinnes interesser bedre enn tidligere. Hva som er begrunnelsen for dette utdypes derimot ikke nevneverdig i avtalen. Det eneste som sies er at det skal utarbeides forskrifter om fastlegenes praksis slik at det sikres at denne er i tråd med regelverket, at kvinnene nå kan henvende seg direkte til sykehusene for abort-inngrep, og at et grønt nummer for informasjon og veiledning om abort skal opprettes.¹⁹⁴ Innebærer dette en forbedring av kvinnes stilling i realiteten?

Per november 2014 har det ikke skjedd endringer i fastlegeforskriften siden 1. juli 2013.¹⁹⁵ På Helsedirektoratets nettside www.helsenorge.no kommer det opp et telefonnummer for generell hjelp og brukerstøtte, men på informasjonssiden om abort henvises man videre til fastlege, helsestasjon, sykehus, familierådgivningskontor, sosialkontor og/eller private organisasjoner for ytterligere hjelp og støtte.¹⁹⁶

På nettsiden til Oslo Universitetssykehus, som inkluderer Aker sykehus, Rikshospitalet, Radiumhospitalet og Ullevål sykehus, finnes en egen link med navn «Henvisningsrutiner», men hverken abort eller svangerskapsavbrudd er nevnt i den etterfølgende listen.¹⁹⁷ Den nye ordningen er heller ikke nevnt blant alle de publiserte artiklene på nyhetssiden, eller på siden til gynekologisk avdeling – der blir man oppfordret til å ringe Kvinneklinikken ved Ullevål sykehus direkte ved spørsmål om abort.¹⁹⁸ På nettsiden til Haukeland Universitetssjukehus i Bergen beskrives fremgangsmåten ved selvbestemt abort fortsatt slik at fastlegen «...skriv ei tilvising til sjukehuset», og at undersøkelse på sykehuset skjer «...etter at vi har fått tilvising fra fastlegen».¹⁹⁹ Stavanger Universitetssjukehus nevner på sin nettside at kvinner kan oppsø-

¹⁹³ Avtalen, under punktet «Ivaretagelse av fastlegers samvittighetsfrihet»

¹⁹⁴ Avtalen, under punktet «Ivaretagelse av kvinners rettigheter»

¹⁹⁵ Jf. Lovdata

¹⁹⁶ Helsedirektoratet (2014)

¹⁹⁷ Oslo Universitetssykehus, Henvisningsrutiner (2014)

¹⁹⁸ Oslo Universitetssykehus, Aktuelt-Nyheter og Gynekologisk Avdeling (2014)

¹⁹⁹ Haukeland Universitetssjukehus, Abort: Planlagt abort (2014)

ke sykehuset direkte for svangerskapsavbrudd, men dette er både nevnt under overskriften «Henvisning fra lege» og sykehuset oppfordrer likevel «...alle søkere å gå via egen lege for samtale, informasjon og prøvetaking».²⁰⁰

Så langt er det ikke lett å finne spor etter avtalens forskriftsendringer om kommunens ansvar for fastlegers praksis, den grønne telefontjenesten om informasjon og veiledning om svangerskap og abort, eller synliggjøringen av kvinners mulighet til å kontakte sykehusene direkte.

Sett under ett er kanskje ikke kvinnes stilling etter forkastelsen av høringsnotatet særlig bedret enda, men dersom tiltakene gjennomføres vil kvinners rett til selvbestemmelse, helse og vern mot kjønnsdiskriminering innen abortinstitusjonen mest sannsynlig bli bedre. Dette er etter mitt syn særlig forutsatt av endringene i fastlegeforskriften, da problemene i utviklingen så langt i stor grad har munnet ut i mangelen på retningslinjer for hvordan håndteringen av fastlegenes og kvinnes motstridende interesser skal *skje i praksis*, i konsultasjonen mellom fastlege og pasient. Selv om det i prinsippet ikke lenger finnes noen reservasjonsproblematikk, finnes det fortsatt holdninger og meninger om etisk vanskelige spørsmål, og rekkevidden av retten til å manifestere sin religion etter EMK og SP kan, som behandlet tidligere, bli for stor i et pasient-lege-forhold.

Fjerningen av henvisningen skal ifølge avtalen mellom Høyre-Fremskrittsparti-regjeringen og Kristelig Folkeparti også være i tråd med EMDs nye retning etter Eweida-saken; om en bredere vurdering av begrensningene i religionsfrihetens møte med arbeidslivet.²⁰¹ Herunder vil det fortsatt være et moment i avveiningen at fastlegen har mulighet til å si opp, men det skal ikke lenger være avgjørende – noe som i prinsipp dermed også åpner for større rom til religionsfriheten i arbeidssituasjonen, ettersom religiøst motiverte «krav»

4.4.3 Hvem prioriteres i dag?

Tanken bak forkastelsen av de foreslåtte lovendringene er nok at ingen skal prioriteres. I realiteten kan det kanskje også sies at reservasjonsdebatten er satt tilbake til et nullpunkt: det er (så langt) ikke vedtatt nye eller foretatt endringer i eksisterende lover eller forskrifter, og forpliktelsen fastlegene hadde til å henvise til abort finnes ikke lenger. Selv om henvisningen er borte vil kvinner derimot fortsatt oppsøke fastleger for informasjon, veiledning og undersøkelse i

²⁰⁰ Stavanger Universitetssjukehus, Gynekologisk poliklinikk (2014)

²⁰¹ Avtalen, under punktet «Samvittighetsfrihet»

forbindelse med både konstatering av graviditet og ønsket om abort. Dette ble også understreket i avtalen.²⁰²

Samtidig mangler gjennomføringsmekanismene med forskrifter, grønt nummer og tydelig informasjon: Felles for alle de ovenfor nevnte Universitetssykehus-nettsidene var ikke bare mangelfull, ikke-eksisterende eller direkte feil informasjon i forhold til at henvisning til abort ikke lenger kreves – etter mitt syn var den *generelle informasjonen* rundt svangerskapsavbrudd både tidels vanskelig å finne, men også svært begrenset. Blir kvinnene dermed likevel den «tapende» part?

5 Konklusjon

Som tidligere nevnt er ingen menneskerettigheter overordnet andre, og det kan foretas innskrenkninger i dem alle såfremt vilkårene for unntak foreligger. Dette vil igjen si at hensynet til religionsfriheten kan medføre begrensninger i diskrimineringsvernet, og hensynet til diskrimineringsvernet kan medføre begrensninger i religionsfriheten.²⁰³ Hvert tilfelle av konflikter mellom rettigheter må avveies og vurderes konkret. Derimot kan denne avveiningen til tider bli svært vanskelig, især når tungtveiende hensyn trekker mot ulike løsninger. Reservasjonsrettdebatten er et eksempel på et etisk problematisk område der det både er fundamentale menneskerettigheter og ikke minst mye følelser på spill.

Som vist har regelverket så langt vært igjennom fire ulike scenarier i forhold til å være taus, tillate, ikke tillate og fjerne muligheten for fritak av samvittighetsgrunner. Utviklingen har vært igjennom flere mulige løsninger, og i alle scenariene er det synliggjort at det finnes hensyn som taler både for og mot en reservasjonsadgang. Denne synliggjøringen viser også at det finnes tydelige spenninger mellom fastlegers interesser og kvinners interesser som er vanskelige å balansere mot hverandre.

Dagens løsning fremstår som et kompromiss mellom alle fremgangsmåtene som tidligere har vært forsøkt. Etter mitt syn er det meget viktig at de tre momentene gjennomgått ovenfor faktisk realiseres, slik at kvinner gis bedre informasjon om ordningen, og ikke minst at veiledningen hos fastlegen (dersom den abortsøkende kvinnen ønsker dette) blir underlagt retningslinjer. Dersom dette ikke kommer på plass kan det være fare for et nytt rettslig vakuum, der kvinnen mest sannsynlig blir den tapende part.

²⁰² Avtalen, under punktet «Ivaretagelse av fastlegers samvittighetsfrihet»

²⁰³ Solhøy (2010) s. 108

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

- Freeman, Marsha A., Christine Chinkin og Beate Rudolf *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. A commentary.* 1st edition. Oxford/Oxford University Press, 2012
- Hellum, Anne *Kvinnekonvensjonens betydning for det allminnelige kjønnsdiskrimineringsvern. I: Diskriminerings- og likestillingsrett.* Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.). Oslo, 2008, s. 58-91
- Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter.* 4. oppl. Oslo, 2007
- Janis, Mark W., Richard S. Kay og Anthony W. Bradley *European Human Rights law. Text and materials.* 3rd edition. Oxford/Oxford University Press, 2008
- Joseph, Sarah, og Melissa Castan *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, materials, and commentary.* 3rd edition. Oxford/Oxford University Press, 2013
- Ketscher, Kirsten *Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser. I: Diskriminerings- og likestillingsrett.* Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.). Oslo, 2008, s. 33-57
- Nordberg, Eva M. Kibsgaard, Helge Skirbekk og Morten Magelssen *Conscientious objection to referrals for abortion: pragmatic solution or threat to women's rights? I: BMC Medical Ethics,* 26. februar 2014. Hentet fra: <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/15/15> [sitert 21.08.2014]
- Reid, Karen *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights.* 4th edition. London/Sweet & Maxwell, 2011

Saul, Ben, David Kinley og Jacqueline Mowbray	<i>The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, cases, and materials.</i> 1 st edition. Oxford/Oxford University Press, 2014
Solhøy, Stina Hansteen, Vibeke Blaker Strand og Jorunn Økland	<i>Rettferdighetens grenser – religion, kjønn og homofili.</i> I: Rettferdighet. Beatrice Halsaa og Anne Hellum (red.). Universitetsforlaget, 2010, s. 103-125
Strand, Vibeke Blaker	<i>Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?</i> 1. utg. Oslo, 2012

6.2 Lover og forskrifter

Abortloven	Lov om svangerskapsavbrudd (abortloven) av 13. juni 1975 nr. 50
Fastlegeforskriften	Forskrift 29. august 2012 nr. 842 om fastlegeordning i kommunene (fastlegeforskriften)
Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov av 17.mai 1814
Helse- og omsorgstjenesteloven	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30
Likestillingsloven	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 21. juni 2013 nr. 59
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63

6.3 Forarbeider og etterarbeider

Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet	Om forslag til endringer i helse- og omsorgstjenesteloven, pasient- og brukerrettighetsloven og fastlegeforskriften. Hentet fra: http://www.regjeringen.no/pages/38601964/horingsnotat_reservasjonsordning_fastleger_210114.pdf
NOU 2013:1	<i>Det livssynsåpne samfunn. En helhetlig tros- og livssynspolitikk</i>
Ot.prp.nr.38 (1974-1975)	<i>Om lov om svangerskapsavbrudd</i>
Ot.prp.nr.3 (1998-1999)	<i>Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)</i>
Rundskriv I-2011-4 fra Helse- og omsorgsdepartementet	Om reservasjon for leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten

6.4 Konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 4. november 1950
KDK	Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
ØSK	Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

6.5 Generelle rekommandasjoner fra konvensjonsorganene

CCPR GC no. 3	General comment no. 3 on Implementation at the national level (art. 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 1981
CCPR GC no. 12	General comment no. 12 on the Right to self-determination of peoples (art. 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 1984
CCPR GC no. 22	General comment no. 22 on the Right to freedom of thought, conscience and religion (art. 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights), 1993
CEDAW GR no. 24	General recommendation no. 24 on article 12: Women and health, 1999
CEDAW GR no. 28	General recommendation no. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010
CERD GR no. 21	General recommendation no. 21 on the Right to self-determination, 1996
CESCR GC no. 14	General comment no. 14 on the Right to the highest attainable standard of health (art. 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2000

6.6 EMD-dommer og individklagesaker

Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 May 1985
Case of Blumberg v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 March 2008: Decision as to the admissibility of Application no. 14618/03

Case of Buscarini and Others v. San Marino	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 February 1999
Case of Eweida and Others v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 January 2013
Case of Kokkinakis v. Greece	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 May 1993
Case of Leyla Sahin v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29 June 2004
Case of Petrovic v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 March 1998
Case of R.R. v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 May 2011
Case of Tysiac v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20 March 2007
Gillot v. France	Human Rights Committee, 15 July 2002
Singh Bhinder v. Canada	Human Rights Committee, 9 November 1989
The Belgian Linguistic Case	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 July 1968

6.7 Utenlandsk lovgivning

Malta Criminal Code 1854	Constitution of Malta, First Schedule, Criminal Code (Chapter 9). 10th June 1854. To amend and consolidate the Penal Laws and the Laws of Criminal Procedure [Malta]
Offences Against the Person Act 1861	Offences Against the Person Act 1861. 6th August 1861 Chapter 100. An Act to consolidate and amend the Statute Law of England and Ireland relating to Offences against the Person [Ireland]
Protection of Life During Pregnancy Act	Protection of Life During Pregnancy Act

2013

Number 35 of 2013 [Ireland]

The 1993 Family Planning Act and related statutes

The 1993 Family Planning (Protection of the Human Foetus and Conditions Permitting Pregnancy Termination) Act and related statutes [Poland]

6.8 Politiske dokumenter

Avtale mellom Høyre-Fremskrittsparti-regjeringen og Kristelig Folkeparti

Avtale mellom Høyre-Fremskrittsparti-regjeringen og Kristelig Folkeparti (partene) om en løsning for både å ivareta pasientenes rettigheter og samvittighetsfrihet for fastleger. 7. mai 2014. Hentet fra:
[http://www.regjeringen.no/pages/38695816/avtale_reservasjonsordningen_070514.pdf#search=avtale reservasjonsordningen®j_oss=1](http://www.regjeringen.no/pages/38695816/avtale_reservasjonsordningen_070514.pdf#search=avtale%20reservasjonsordningen®j_oss=1)

Pressemelding fra Helse- og omsorgsdepartementet, 7. mai 2014

Nr.: 12/2014: *Leger skal ikke henvise til abort.* Hentet fra:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/pressenter/pressemeldinger/2014/Leger-skal-ikke-henvise-til-abortion.html?id=758612>

Samarbeidsavtalen

Avtale mellom Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre, Stortinget 30. september 2013. Hentet fra:
<http://www.hoyre.no/filestore/Filer/Politikkdokumenter/Samarbeidsavtale.pdf>

Sundvollen-plattformen

Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet, Sundvollen 7. oktober 2013. Hentet fra:
<http://www.hoyre.no/filestore/Filer/Politikkdokumenter/plattform.pdf>

6.9 Offentlig informasjon

Folkehelseinstituttet (Abortregisteret)

Rapport om svangerskapsavbrudd for 2013.

Hentet fra:

<http://www.fhi.no/dokumenter/34a94add79.pdf> [sitert 10.11.2014]

Guttmacher Institute

Facts on Induced Abortion Worldwide. January 2012. Hentet fra:

http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html
[sitert 11.11.2014]

Haukeland Universitetssjukehus

Haukeland Universitetssjukehus. Abort: Planlagt abort. Hentet fra:

<http://www.helsebergen.no/no/OmOss/Avdelinger/Kvinneklinikken/fodeseksjonen/behandling-svangerskap/Sider/abort-planlagt-abortion.aspx>
[sitert 09.11.2014]

Helsedirektoratet

Sex og samliv. Til deg som vurderer abort.

Hentet fra:

<https://helsenorge.no/sex-og-samliv/abort>
[sitert 09.11.2014]

Oslo Universitetssykehus

Oslo Universitetssykehus. Gynekologisk avdeling. Hentet fra:

<http://www.oslo-universitetssykehus.no/omoss/avdelinger/gynekologisk/Sider/enhet.aspx> [sitert 09.11.2014]

Oslo Universitetssykehus

Oslo Universitetssykehus. Aktuelt, Nyheter.

Hentet fra:

<http://www.oslo-universitetssykehus.no/aktuelt/nyheter>
[sitert 09.11.2014]

Oslo Universitetssykehus

Oslo Universitetssykehus. Henvisningsrutiner.

Hentet fra:

Stavanger Universitetssjukehus

<http://www.oslo-universitetssykehus.no/fag/henvisningsrutiner?k=A>

[sitert 09.11.2014]

Stavanger Universitetssjukehus. Gynekologisk poliklinikk. Hentet fra:

<http://www.helse-stavanger.no/no/OmOss/Avdelinger/kvinneklinikken/Sider/gynekologisk-poliklinikk.aspx>

[sitert 09.11.2014]